JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 1
INSTRUKZIOKO 1 ZK.KO EPAITEGIA
DONOSTIA - SAN SEBASTIAN

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 2ª planta - C.P./PK: 20012
Tel.: 943-000721 Fax: 943-004389

A. KINTANA
2009 API. 1 6
JAKINARAZIA

Sumario / *Sumarioa* 3/1997 - G

Procedimiento origen/*Jatorriko prozedura*: Diligenc.previas/*Aurretiazko egiribideak* 3759/1985
N.I.G./*IZO*: 20.05.1-85/614109
Atestado nº/*Atestatu zk.*: GUARDIA CIVIL
Hecho denunciado/*Salatutako egitatea*: Delitos contra la vida humana independiente y Asesinato/*Giza bizitza askearen aurkako delituak eta Erailketa*

Procurador/*Prokuradorea*: AINHOA KINTANA MARTINEZ, JUAN RAMON GONZALEZ MEDRANO, MARTA AROSTEGUI LAFONT, INES PEREZ-ARREGUI DE CODES
Abogado/*Abokatua*: IÑIGO IRUIN SANZ, JUAN CARLOS SANZ AZPIAZU, HUMBERTO DE LA TORRE BLANCO, HUMBERTO DE LA TORRE BLANCO, HUMBERTO DE LA TORRE BLANCO, IÑIGO IRUIN SANZ y MARIA JOSE AGUADO CORMAN
Representado/*Ordezkatua*: MARIA LOURDES ZABALZA GARATE, MIKEL ZABALZA , JOSE JUAN PASTOR MUÑOZ, AYUNTAMIENTO DE SAN SEBASTIAN-SERVICIO DE PERSONAL, ENRIQUE DORADO VILLALOBOS, FELIPE BAYO LEAL, ARTURO ESPEJO VALERO, FERNANDO M CASTALLEDA VALLS, GONZALO GARCIA PEREZ, GARBIÑE GARATE ZUBIZARRETA y JUAN CRUZ IDIGORAS GUERRICABEITIA

AUTO

JUEZ QUE LO DICTA: MAGISTRADO-JUEZ D/Dª LUIS ENRIQUE GARCIA DELGADO
Lugar: DONOSTIA - SAN SEBASTIAN
Fecha: seis de abril de dos mil nueve

HECHOS

PRIMERO.- A los meros efectos del artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se consideran indiciariamente acreditados los siguientes hechos que pasan a relatarse:

1.- MIGUEL MARÍA ZABALZA GÁRATE , natural de Pamplona y vecino de San Sebastian, fue detenido en su domicilio a las 2:35 horas del día 26 de noviembre de 1985 junto con su primo Manuel María Bizcay Zabalza por miembros del Servicio de Información de la Guardia Civil. Después de proceder al registro de la vivienda, ambos fueron conducidos al cuartel de la Guardia Civil de Intxaurrondo, firmando las actas de información de derechos a las 3,52 horas. Junto a ellos fueron detenidos igualmente , por el mismo Servicio de información de la Guardia Civil en la misma madrugada pero en distintos domicilios Víctor Manuel Mediavilla Gonzalez e Idoia Ayerbe Iribibar, ésta

última novia de Miguel María Zabalza.

2.- No consta que durante su estancia en Intxaurrondo MIGUEL MARÍA ZABALZA GÁRATE fuera sometido a sevicias o vejaciones o cualesquiera otros padecimientos físicos o psíquicos por parte de los agentes que los custodiaban. Singularmente, no consta que FELIPE BAYO LEAL o ENRIQUE DORADO VILLALOBOS intervinieran en estos hechos.

3.- Fruto de una manifestación espontánea realizada por el detenido MIGUEL MARÍA ZABALZA GÁRATE, relativa a la existencia de un zulo en la zona de Erdarlaza, salieron el detenido del acuartelamiento en compañía del oficial Instructor teniente ANTONIO ESPEJO VALERO , el Teniente en prácticas GONZALO PEREZ GARCÍA y el guardia segundo FERNANDO MARÍA CASTAÑEDA VALLS, partiendo todos ellos en automóvil sobre las seis de la mañana, alcanzando la entrada del túnel de Endarlaza sobre las 6.30 horas. El teniente Espejo lleva a Zabalza esposado y agarrándole por el brazo izquierdo y los otros dos Guardias Civiles , portando sus linternas unos siete u ocho metros delante, uno a la izquierda y otro a la derecha del túnel en búsqueda de una gran piedra blanca que señalaría la entrada al zulo cuando de súbito el detenido se volvió y golpeó en su rodilla al teniente Espejo , que cae al suelo mientras Zabalza se introduce por el hueco que existe practicado en la parte izquierda del túnel y del que avanza un abrupto sendero entre maleza que termina en pronunciada pendiente, casi vertical, en el río Bidasoa .

4º.- A las 13:25 horas del día 15 de diciembre del año 1.985, el cuerpo sin vida de MIGUEL MARÍA ZABALZA GÁRATE aparece flotando en las aguas del río Bidasoa, a unos 150 metros del túnel de Endarlaza . Es acercado a la orilla por 4 miembros del GAR, constituyéndose la Comisión Judicial del Juzgado de Instrucción 1 de los de Pamplona en el lugar a las 15.45 horas. Posteriormente se practica la autopsia sobre las 20.15 horas por los Médicos Forenses adscritos a dicho Juzgado, certificando que la causa de la muerte fue "asfixia por sumersión". En el interior de su organismo se hallaron restos de trietanolamina en sangre , pantalón y contenido gástrico, si bien en éste último caso la concentración era once veces más elevada que el primero, sin que científicamente ello haya podido ser explicado. Tal sustancia se encontraba en el río Bidasoa a causa de unos vertidos que una fábrica -Laminaciones de Lesaca- realizaba.

5º.- No consta que, entre el 26 de noviembre de 1.985 y el 15 de diciembre del mismo año, MIGUEL MARÍA ZABALZA GÁRATE falleciera en Intxaurrondo, ni que le trasladaran posteriormente en camilla al acuartelamiento de Zumalacárregui , a los locales de la Unidad de Buceadores de la Guardia Civil o al botiquín del edificio . No consta la intervención en tales hechos de MIGUEL PEREZ GÓMEZ PASTRANA, oficial médico de la Guardia Civil, ni de los guardias JOSÉ JUAN PASTOR MUÑOZ o

MANUEL SUJAR RODRÍGUEZ.

SEGUNDO.- La causa se inició como Diligencias Previas con número 3.759/85, practicándose diversas diligencias hasta el dictado del Auto de fecha 13 de abril de 1.988 , que acuerda el archivo por no ser los hechos constitutivos de infracción criminal y que obra en la causa a los folios 1.438 a 1.445 . Preceden al dictado de tal resolución diversas diligencias, siendo las más relevantes las declaraciones de los funcionarios policiales imputados, aquellos que realizaban las labores de guardia de custodia en los accesos al acuartelamiento y de los testigos Idoia Ayerbe Iribibar, Juan Ramón Arreche Gutierrez, Victor Mediavilla González y Manuel Vizcay Zabala y Michelena Urrestarrazu. Se practica asimismo diligencia de reconstrucción de los hecho y obran al Tomo III los informes médicos autopsicos practicados por diversos especialistas. El citado Auto de 13 de abril de 1988 es objeto de confirmación por Auto de fecha 18 de julio de 1988, dictado por nuestra Audiencia Provincial.

TERCERO.- Por Auto de fecha 2 de noviembre de 1995 se acordó la reapertura de las DIP 3.759/85 y por Auto de 23 de septiembre de 1997 (f. 2303) la conversión de las presentes actuaciones su SUMARIO 3/97, habiéndose practicado cuantas diligencias se entendieron necesarias para el esclarecimiento del hecho y de sus posibles responsables, apareciendo en los Fundamentos de ésta resolución las más relevantes.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- *Sobre las actuaciones instructoras realizadas con anterioridad a la reapertura del sumario. Sobre el Auto de fecha 18 de julio de 1988 de la Ilma. Audiencia Provincial.*

Debe partirse de un elemento fundamental a la hora de realizar el juicio de reprochabilidad penal indiciario requerido por el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y éste no es otro que la existencia de tres resoluciones , dos de ellas dictadas por éste Juzgado en fechas 13 de abril de 1988 y 21 de abril de 1988, y otra dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de fecha 18 de julio de 1.988 (por testimonio a los folios 2.606 a 2629 y folios 4679 a 4.703), en las que se acordaba el "archivo de las actuaciones" (en el sentido no preclusivo que ésta expresión tenía con la redacción de la Lecrim vigente al tiempo de los hechos) por no ser los hechos constitutivos de infracción criminal alguna.

Sin querer usar este instructor del argumento de autoridad (que bien podría , dado el unánime prestigio que gozan en la comunidad jurídica tanto don Antonio Giménez Pericás, , hoy infelizmente desaparecido, como el Ponente de la resolución de la Audiencia, don Joaquín Jiménez García, antiguo Presidente de la misma y a día de hoy elevado a nuestro más Alto Tribunal) , lo cierto es que el *inabdicable rigor y seriedad* con que in illo tempore se valoró el material incriminatorio existente a esa fecha exige que, sin desandar el camino, valoremos si las conclusiones a los que llegó entonces la Ilma. Audiencia Provincial (y el Magistrado instructor antes señalado) han quedado o no desvirtuadas por las diligencias practicadas con posterioridad a la reapertura del sumario.

Ello quiere decir que ni la declaración de los tres imputados originales (ANTONIO ESPEJO VALERO , el Teniente en prácticas GONZALO PEREZ GARCÍA y el guardia segundo FERNANDO MARÍA CASTAÑEDA VALLS) ni la de los otros tres detenidos con Mikel Zabalza IDOIA AYERBE , novia de Mikel (folios 70 y ss) , JON ARRECHE (folios 73 y ss) y MANUEL MARÍA VIZCAY (folios 75 y ss), primo de Mikel, la del instructor del atestado JOSÉ MIGUEL ALONSO MANZANO (folios 338 y ss) o la del cazador Sr. MICHELENA URRESTA (folios 496 y 772) van a ser objeto de estudio, simplemente porque ya lo fueron en su día por la Ilma. Audiencia Provincial, que confirmó íntegramente el auto de archivo anteriormente dictado y cuyas valoraciones hace enteramente suyas este instructor, como no podía ser menos dada su subordinación a las resoluciones y dictados que emanen de la citada Superioridad.

SEGUNDO.- *Sobre la reapertura y las informaciones periodísticas que las motivaron. Su valor.*

Partiendo de esa premisa, debe significarse que, en fecha 2 de noviembre de 1995 se dicta Auto acordando la reapertura de las Diligencias Previas 3759/85 y se hace porque El Diario "El Mundo" empieza a publicar nuevas revelaciones sobre la muerte de Zabalza según el cuál éste no muere ahogado al intentar escapar de la Guardia Civil, a la que conducía a un zulo, sino torturado en el piso del Capitán Vaquero mientras Enrique Dorado Villalobos y Felipe Bayo Leal le hacían la bañera. Sorprende que, pese a esa inicial identificación de los dos "verdaderos" autores de la muerte de Mikel, a los dos señalados en tal información no se les cite a declarar sino en virtud de Auto de 18 de mayo de 2000 (folios 3291 a 3295), prestando declaración en fecha 19 de septiembre de 2000 ENRIQUE DORADO VLLALOBOS (f.3412 a 3416) y FELIPE BAYO LEAL (f.3417 a 3422) , es decir, casi 5 años después de esa inicial imputación periodística a la que se da carta de naturaleza y sirve para reaperturar el presente procedimiento, no habiéndose en ese tiempo posibilitado el ejercicio del derecho de defensa a los dos imputados frente a los que, finalmente, la parte acusadora manifiesta que se debe

atribuir definitiva legitimación pasiva en éste procedimiento con el correspondiente auto de procesamiento (véase escrito de recurso de fecha 18 de febrero de 2008, folio 4648, presentado por la acusación particular).

No obstante, y como puso de manifiesto la representación de las defensas , existen hasta tres versiones distintas del hecho, todo ello a fin de explicar la presencia de la sustancia taladrina, en los pantalones del fallecido, en su contenido gástrico y en la sangre del ventrículo derecho. Es pacífico que tal sustancia se encontraba en el río Bidasoa a causa de unos vertidos que una fábrica -Laminaciones de Lesaca- realizaba.

La primera de ellas, que se le introduce en una charca cercana (versión de Rubio y Cerdán en El Caso Interior, f1532); la segunda, que se le inyecta el agua mediante jeringuilla (versión Lázaro y Lobo, publicada en El Mundo, f1533 y 1535) y, finalmente, que se le introdujo en una bañera sita en el propio Cuartel en donde los buzos hacían prácticas (versión Diario Egin en noviembre del mismo año, f 1536). Pues bien, veamos qué evidencias objetivas tenemos de tales versiones, tras 14 años de suplementaria instrucción.

Las versiones sin duda más contundentes de lo que sucedió las constituyen los testimonios de referencia , de periodistas de El Mundo, Manuel Cerdan Alenda (f.1567 a 1569) y Antonio Rubio Campana (f.1570 y 1572), que señalan a fuentes de la noticia a miembros del Servicio de Información que pertenecían a fecha de los hechos a la 513 Comandancia, acogiéndose al secreto profesional para no revelar tales fuentes. Posteriormente volveremos a las fuentes de prueba de tipo personal que, después de 14 años, han avalado tales manifestaciones (declaraciones de Pedro Luis Migueliz y Vicente Soria, agente de la Guardia Civil que hacía las veces de fontanero y que se desdice de todo lo que supuestamente manifestó a los periodistas de El Mundo). Pero, por lo que aquí importa debe recordarse la doctrina de nuestros dos más Altos Tribunales acerca de los "testimonios de referencia" .

" Su valor probatorio es muy reducido, y, por lo tanto, sólo pueden ser tomados en consideración en circunstancias muy determinadas, en la medida en la que su valoración sólo excepcionalmente es compatible con los principios de oralidad e inmediación, amén de la considerable reducción del derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo y descargo" (SSTS 22 octubre 1990 [RJ 1990\8201] y 5 marzo 1993 [RJ 1993\1840]).

En este sentido, tanto el Tribunal Constitucional (SSTC 217/1989 [RTC 1989\217], 303/1993 [RTC 1993\303] y 79/1994 [RTC 1994\79] y Auto 25/1994 [RTC 1994\25, Auto]), como el Tribunal Supremo (SSTS 14 febrero 1992 y 5 marzo, 23 junio y 8 noviembre 1993 [RJ 1993\1840, RJ 1993\5283 y RJ 1993\8298]) han señalado al

respecto: a) que la testifical de referencia constituye un acto de prueba expresamente admitido en el art. 710 de la LECrim, que los órganos jurisdiccionales pueden tomar como fundamento para dictar sentencia, con la excepción de las injurias o calumnias verbales, por expresa prohibición del art. 813 de dicha disposición general; b) su eficacia tiene carácter excepcional circunscrita a los supuestos en los que resulte inevitable y necesaria ante la imposibilidad de obtener la declaración de los testigos directos de los hechos; c) la declaración del testigo de referencia no puede sustituir a la del testigo principal, sino que, por el contrario, cuando éstos existan deberán ser llamados a declarar directamente en vez de los testigos de referencia, pues de no hacerse así se estaría introduciendo en el proceso las declaraciones de persona que no prestó juramento, que no fue oído por el Tribunal, y sobre todo, no fue interrogado por la defensa, a los efectos de someter su declaración al principio de contradicción.

Por ello conviene dejar claro que el Tribunal Constitucional condiciona la viabilidad de dicha prueba a los supuestos de imposibilidad real y efectiva de conseguir la declaración del testigo directo, bien por encontrarse en el extranjero, fallecido o en paradero desconocido (SSTC 217/1989 [RTC 1989\217], 303/1993 [RTC 1993\303], 79/1994 [RTC 1994\79] y 261/1994 [RTC 1994\261] entre otras). En el caso que nos ocupa de haber señalado el denunciante, al recibirle declaración por primera vez, que unos niños le indicaron que fue el acusado copartícipe en la sustracción podrían haber sido localizados, y sus testimonios sometidos a los principios de publicidad, contradicción e inmediación, convirtiéndose de tal forma en instrumentos hábiles de prueba para desvirtuar la constitucional presunción de inocencia que corresponde a todo inculpado en el proceso penal.

Debe señalarse , como dato añadido a tener en cuenta para la valoración de la verosimilitud de los testimonios de referencia que obran en la causa que estos son realizados en su mayoría por profesionales de la información, encargados por tanto de asegurar la transmisión de información a la sociedad sobre asuntos públicos, lo que es absolutamente esencial a fin de asegurar la existencia de una sociedad libre. Pero precisamente en aras de preservar el derecho a la libre información de los medios de comunicación social quien, como ha indicado en tantas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cumplen así una función vital para todo Estado democrático, que no es sino la critica de quienes tienen atribuida la función de representar a los ciudadanos, se les otorga constitucionalmente un fuero específico a fin de poder desarrollar su función sin cortapisas, concediéndoseles un espacio que aliente (breathing space) el libre flujo informativo, incluso si el periodista yerra en la veracidad de la noticia.

En relación a esto el Tribunal Constitucional tiene declarado que la Constitución protege la transmisión de información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública (entre muchas otras, SSTC 6/1988, 171/1990, 219/1992, 28/1996). Información veraz es, al respecto, ante todo, información verdadera. No

obstante la trascendencia constitutiva en una sociedad democrática de un flujo informativo libre y sin cortapisas (SSTC 6/1981], 159/1986], 105/1990, 240/1992 , 78/1995 [132/1995, 19/1996) impone la cobertura bajo la égida de la libertad analizada de aquellas informaciones de relieve público que, aunque puedan resultar falsas a posteriori hayan sido diligentemente contratadas ex ante por su agente (SSTC 6/1988, 105/1990, 223/1992 [RTC 1992\223], 132/1995, 173/1995 [RTC 1995\173], 61/1996). La identificación de la veracidad con la objetividad (SSTC 143/1991) o la "realidad incontrovertible" (STC 41/1994 [RTC 1994\41]) constreñiría inevitablemente el cauce comunicativo al acogimiento de aquellos hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados (STC 143/1991).Esto es, el informador a lo único que está obligado es a un especial deber de diligencia en contrastar la información, quedando protegido por el derecho constitucional aun cuando la información pudiera resultar falsa.

Ello es válido, como es obvio, a los fines de comunicar libremente información, pero no a los efectos de servir para fundar seriamente un juicio incriminatorio frente a persona alguna en el ámbito de un proceso penal, en donde rigen otros principios como el de presunción de inocencia (24.2 CE) o el derecho a un proceso con todas las garantías (24.1 CE), tan fundamentales como el declarado en el artículo 20 CE y, en el ámbito en el que nos movemos, el del proceso penal y no en el de la información periodística, bastante más prevalentes.

Por tanto, tenemos a unos testigos de referencia con un especialísimo fuero acerca de su responsabilidad en lo que publican , con derecho a acogerse al secreto profesional acerca de algunos datos relevantes sobre la forma en que tuvieron conocimiento de los hechos (singularmente las fuentes de la noticia), al modo en que el artículo 417.2 Lecrim reconoce tal derecho a los funcionarios públicos por razón de sigilo profesional, ejerciendo en éste caso tal derecho en forma parcial, pues declaran sobre determinados extremos y no sobre otros más comprometidos que se señalan más adelante.

Por todo ello y porque contamos en la causa con los testimonios en los que tales informaciones pudieron apoyarse, que no ratifican a salvo de un caso ("Txofo") lo publicado por los referidos profesionales (no lo hace desde luego el único testigo directo de los supuestos hechos, Sr. Soria) , no podemos sino concluir que quizá las mismas pudieron motivar la reapertura de las actuaciones en su momento, pero lo que en ningún caso pueden servir para fundar la convicción judicial, siquiera indiciaria, de la autoría de un delito contra la vida humana de los artículos 405 y ss del antiguo CP1973 y otro de detención ilegal cometido por funcionario público del 184 del mismo cuerpo legal referido a ninguno de los imputados en ésta causa.

TERCERO.- *Sobre el encubrimiento del hecho delictivo aquí investigado. De la reunión con Jorge Argote en el Gobierno Civil. Del subrepticio traslado del cadáver de Mikel Zabalza y de los responsables de su custodia. De la intervención del médico Gomez Pastrana. De Vicente Soria Rodríguez.*

Otra de los motivos que justificaron la apertura de las actuaciones fueron la supuesta "manipulación de pruebas" operada por determinados miembros de la Guardia Civil en connivencia, supuestamente, con personas vinculadas al Ministerio del Interior de aquel entonces .

Concretamente, obran en la causa "informaciones", firmadas por los Sres. Fernando Lázaro, Fernando Garea y José Luis Lobo (folios 1682 a 1690) y en donde señalan que la versión oficial , es decir, aquella que había aceptado la Audiencia Provincial (véase el FJ Sexto del Auto), había sido preparada por los interesados en el despacho del Abogado Jorge Argote , señalando al testigo Ángel López Carrillo (f.1691 a 1697) como origen de la noticia (aquí no se acogieron los periodistas citados al secreto profesional) . Éste manifiesta haber asistido a reuniones con Espejo y Villalobos donde le dio la impresión de que se estaba creando un relato.

No obstante, lo antedicho no lleva anudado como conclusión lógica la falsedad o manipulación de la versión que finalmente acepta la Audiencia Provincial en su Auto de fecha 18 de julio de 1988. Prescindiendo del hecho de que Enrique Villalobos poco tenía que hacer en una reunión como esa, pues no estaba imputado en la presente causa ni lo iba a estar previsiblemente, de aceptarse la manipulación denunciada , por lo que no tenía que "preparar" relato alguno , que el Letrado que en su momento asistía a Antonio Espejo prepare la declaración que iba a prestar su cliente , ya sea antes o despúés de su citación como imputado, previsible desde el mismo momento de la fuga, nada tiene de particular, ni convierte el relato dado por éste y de las demás personas de las que escapó Zabalza en falso o inveraz (por cierto que, aunque así fuera ello jamás podría suponer la existencia de ilícito penal alguno, dado el derecho que a cualquier imputado reconoce el artículo 24.2 CE).

No obstante, se practicaron a propuesta de la representación de ANTONIO ESPEJO VALERO , GONZALO PEREZ GARCÍA y FERNANDO MARÍA CASTAÑEDA VALLS las testificales de los Letrados de Ignacio González Arrate (f.3885 a 3889) y Miguel Ángel Piñero Mungía (f.3890 a 3.893) que señalan que, a finales de 1.985, fecha en el que el referido Ángel López Carrillo data las reuniones, no existía despacho alguno de Abogados en el Gobierno Civil, lugar donde supuestamente se llevaban a cabo las referidas reuniones , no conociendo el Letrado Sr. Piñeiro a Argote hasta el año 1.986 (f.3891), extremo que es confirmado por Bárbara Durkop Durkop, quien compartía despacho con Carrillo a fecha de los hechos y que duda de la presencia del testigo en tales conversaciones (f.3885). Estos extremos son confirmados por el

imputado ARTURO ESPEJO en una declaración como imputado que presta 20 años después de los hechos, (f. 4.291 a 4.296), señalando después José Julian Elgorriaga, ex Gobernador Civil de Guipúzcoa (folios 4.297 a 4.299), que ni siquiera recuerda haber visto a Dorado y Bayo en dependencias de la Guardia Civil, que nunca puso en duda la versión de los hechos de las fuerzas de seguridad y que no mantuvo conversación alguna con el Sr. López Carrillo sobre el particular, tal y como él manifestaba.

Cuestión distinta es el hecho de que , por personal de la Guardia Civil , se hubiera, tras la muerte de Mikel Zabalza , guardado el cuerpo del referido mientras duraban las tareas de búsqueda, ya en el acuartelamiento de Zumalacárregui , ya en los locales de la Unidad de Buceadores de la Guardia Civil, ya en el botiquín del edificio conocido como "la Torre" y que, cuando estas hubieran cesado, hubieran trasladado el cuerpo en un R18 y lo hubieran arrojado al río, donde sería encontrado poco después. El cuerpo debió ser guardado entre tanto en un recipiente que lo conservara. Para avalar tal versión existen únicamente dos pruebas documentales y otra "información periodística" (f1733).

1º) Los documentos hallados en el registro de la celda del ex coronel Juan Alberto Perote , que llevan por título "conclusiones" (f.2445), en donde se hace referencia a que Zabalza fue muerto mientras era torturado , señalando la existencia de un informe del CESID que informaba de la situación. En dicho informe se hacía referencia a un interrogatorio practicado por el Teniente Espejo, el Teniente Gonzalo, que tiene un hermano regentando el Bar La Viña y tres o cuatro GC más, entre ellos el Teniente Fabian , hermano de Quique, que baja corriendo solicitando un médico, añadiendo que su cuerpo fue arrojado a una charca y posteriormente al Bidasoa. Señala el citado documento que durante la noche , en el bar de la residencia de suboficiales, el camarero Bonilla observa como el Comandante Galindo se encara con los dos tenientes y les dice¿ sabéis lo que habéis hecho, me habéis hundido? . El "camarero Bonilla" declara a los folios 3063 a 3066, señalando que al tiempo de la detención de Mikel Zabalza él no estaba siquiera destinado en el Cuartel de Intxaurrondo. Los informes del CESID, como se expone en el Fundamento siguiente, o no existen o no han sido desclasificados.

2º) Una nota interna de la Guardia Civil, sin firma alguna, obrante a los folios 1937 y 1938, en donde se señala que el ex sargento José Luis Cervero Carrillo, respecto del Caso Zabalza tiene la matrícula del coche en que se trasportó el cadáver de Zabalza desde el acuartelamiento de Zumalacárregui, en San Sebastián hasta el río Bidasoa y los nombres de las personas que los trasportaron (indica que sobre ese tema no publicará nada).

Respecto de estos hechos , declara también el coronel JORGE MARTÍN LACASA, Jefe de la Unidad Central de Contrainteligencia , que niega toda verosimilitud a la "nota interna" sin firmar, obrante a los folios 1937 y 1938, que señala respecto de una entrevista con el ex sargento José Luis Cervero que tiene la matrícula del coche en que se trasportó a Zabalza desde el acuartelamiento de Zumalacárregui hasta el río Bidasoa y los nombres de las personas que los trasportaron.

El referido José Luis Cervero Carrillo, ex Guardia Civil , en su larguísima declaración obrante en autos 2.985 a 2997 no aporta un solo dato que permita corroborar tal extremo.

3º) La información periodística está firmada por Manuel Cerdán y Antonio Rubio y hace referencia a una conversación mantenida con el ex guardia civil Vicente Soria Rodríguez con el periodista de Diario 16 José Macca (f.1733 y 1734.) En su declaración(f. 1834 a 1839), Vicente Soria no sólo no ratifica ninguna de las informaciones del Diario El Mundo (que vio el traslado de Zabalza, ya muerto, cuando se encontraba reparando una avería en el ascensor), ni se reconoce en la cinta que se aporta como prueba por parte de los periodistas Rubio y Cerdán en fecha 25 de abril de 1996, respecto de una conversación mantenida con éstos sobre los hechos, sino que las niega tajantemente, señalando que desconoce cualquier dato relacionado con el tema en su condición de fontanero calefactor, cargo que ejerció durante los años 81-86, nunca quiso enterarse de los sucesos del cuartel manteniéndose ajeno a los mismos. Señala que sólo se dirigió a El Mundo por un problema con el colegio de sus hijos y que nunca vio el cadáver de Mikel Zabalza mientras lo trasladaban en un ascensor (f1733).

Posteriormente, a los folios 2646 a 2648, se trascribe una conversación entre el referido y los periodistas de El Mundo, donde se señala que a Zabalza le sacaron con un mono azul y lo llevaron en la roda. Vuelve a negar Soria tal declaración (f2949 y 2955), llegándose a carear con los Sres. Macca y Cerdán y Rubio. Las declaraciones de los mencionados periodistas aparecen a los folios 2936 a 2948 y donde ratifica su negativa tanto en relación a lo que vio como al croquis que supuestamente hizo en su conversación con los periodistas Cerdán y Rubio del piso de la calle Capitán Vaquero.

Respecto de la trascripción de la cinta magnetofónica que aparece en las actuaciones , y que reflejaría los términos en los que se desarrollaron las conversaciones entre Soria y los periodistas, debe señalarse que, en la hipótesis de que aquellas se hubieran realmente producido con ese exacto contenido, ello no tendría relevancia incriminatoria alguna , puesto que no puede servir como fuente de prueba una testifical

prestada extraprocesalmente, al margen de lo establecido en los artículos 410 a 450 Lecrim, sin presencia judicial y sin posibilidad de contradicción entre las partes. Todo lo más, la citada conversación serviría para apreciar la incredibilidad de un testigo que, no se olvide, sería de cargo y no descargo por lo que supuestamente sabe.

No obstante, debe señalarse que el informe de la Sección de Acústica del CNP (f.4016 a 4.019) evacua, como conclusión tercera, que aunque no se han observado empalmes o indicios de manipulación física sobre la emulsión-soporte, sí es cierto que en su cara A existen once espacio con ausencia de energía que no se corresponden con una grabación íntegra, lo que permite afirmar que la grabación contiene una alteración en cuanto a su contenido, encaminada a eliminar todo aquello que no sea un solo interlocutor.

Al folio 3.060 a 3062 aparece la declaración de Victoriano Madero Ortega que manifiesta que lo usual era llamar a ORONA en caso de que los ascensores se estropeasen y que desconoce que el Sr. Soria reparara los mismos.

En cuanto a las versiones de descargo ofrecidas respecto de estos hechos, obra a los folios 3056- 3059 la declaración como imputado de JOSÉ JUAN PASTOR MUÑOZ, como titular de un vehículo R18 matrícula SS-9856-N en el que se habría traslado a Mikel Zabalza , ya muerto, al río Endarlaza , suponiéndose una vez más por informaciones periodísticas (f1733) , que se había mantenido el cuerpo sin vida de Mikel Zabalza en los locales de la Unidad de Buceadores (concretamente en una pila de cemento que fue objeto de inspección ocular y fotográfica en fecha 16 de julio de 1997), cuyo Jefe era el citado Pastor Muñoz. La "fuente" de la información es la misma: la que relacionada a Vicente Soria con el hecho, a la que ya se ha hecho referencia. El imputado, niega los hechos, pero además ofrece varios testigos de descargo, los señalados como testigos protegidos 1,2.3,4,5,6,7,8,9,10, cuyas declaraciones son acordadas por Auto de fecha 26 de octubre de 2000 y que obran a los folios 3.587 a 3.670 de la causa. Sin entrar en análisis pormenorizados, debe reseñarse que los citados testigos, miembros de la Unidad de Buceo de la Guardia Civil (GEAS) señalan que en el local entraban niños, que se abría todos los días de la semana (f.3591, testigo nº 2), que iban a cargar botellas muchos días de la semana (f.3591), que el compresor estaba en malas condiciones (f.3588, testigo nº1), que nunca se restringió el acceso al personal civil, ni durante la desaparición de Zabalza, versiones sustancialmente coincidentes entre sí.

MIGUEL PEREZ GÓMEZ PASTRANA declara igualmente como imputado en fecha 4 de noviembre de 1999, habiendo previamente declarado como testigo en fecha 14 de febrero de 1996 (f1718 y 1719). Tal persona es médico de la Guardia Civil,

llamado a declarar por tener supuestamente conocimiento de la existencia de las torturas de Mikel Zabalza el día de su fallecimiento, al ser requerida su intervención como facultativo , llegando el periodista José Macca a poner en su boca la frase "se nos muere", supuestamente mencionada por el testigo Sr. Soria al coincidir con el citado en el ascensor. El mencionado señala que primero no le llamaron, que como médico que es, nunca hubiera dicho una frase de ese tipo, que además en concreto en un ascensor como el del acuartelamiento no caben tres personas como el declarante y menos para recibir una atención en el mismo y que por supuesto no es cierto. La escena, supuestamente referida por Soria, trascurría mientras éste contemplaba en camilla el traslado de Zabalza en el ascensor que reparaba.

Al mismo tiempo declara como imputado MANUEL SUJAR RODRÍGUEZ (f3067 a 3071) , que niega cualquier contacto con Zabalza, al que manifiesta no haber visto en su vida, por lo que difícilmente pudo ser la persona que trasladó a Zabalza ya muerto o que le practicó algún tipo de interrogatorio mientras aun estaba vivo , señalando que no era ni instructor ni secretario del atestado (nótese además que, aunque el referido tiene un hermano que regentaba el bar La Viña , el nombre no coincide con el Teniente Gonzalo del que habla las "conclusiones" del coronel Perote) (f.2445).

En definitiva, absolutamente nada que pueda fundar un juicio mínimamente fundado y serio de reprochabilidad penal frente a los imputados antes mencionados.

CUARTO.- *Del único testimonio personal que incrimina a Enrique Dorado. "Txofo". Del testigo protegido al que se alude en las informaciones de El Mundo.*

Pedro Luis Migueliz Dabadie, alias Txofo (f.1959 a 1966), señala que los hechos publicados por El Mundo se los contó Enrique Dorado Villalobos , con quien mantuvo una amistad profunda , amen de estar implicado con el referido en actividades de contrabando (el guardia supuestamente cohecharía a los guardias civiles y él se encargaría de descargar). Señala también que participó como buzo en las labores de rastreo del cuerpo de Zabalza, extremo que no ha podido ser confirmado, tras oficio a la Cruz Roja (f2572 , en donde el Secretario Provincial de la tal organización nos dice que fue dado de baja el 1 de febrero de 1.985, que desconoce si participó en las tareas de búsqueda y que cursó nueva alta en marzo de 1.987) , por lo que su afirmación de que habían rastreado la zona del río en la que apareció Zabalza varias veces ha de ponerse en cuarentena (el imputado Sr. Espejo señala en su declaración como imputado de 21

de marzo de 2005, que le sorprende que diga que el lecho del río era plano cuando el Auto de Archivo expuso que existían pozos de agua de hasta 5 metros de profundidad , f.4293) .

En definitiva , se trataría de un testigo de referencia, con relaciones con uno de los imputados que podrían poner en duda su incredibilidad subjetiva , máxime si observamos la declaración del periodista Fernando Lázaro Fernández (f.1956 a 1958), en donde se acoge al secreto profesional para no declarar si el entrevistado cobró por realizar el reportaje (el secreto profesional "de quita y pon") e insuficiente en forma absoluta para formalizar una imputación judicial respecto de ENRIQUE DORADO VILLALOBOS, que niega obviamente los hechos y la conversación (f.3.416), ratificándose en sus respectivas posturas durante la diligencia de careo (f.3577 y 3578), en donde el imputado, acertadamente a juicio de éste instructor, le reprocha al citado Sr. Migueliz haber acudido antes a la prensa que al Juzgado (f.3.578).

Santiago Barez Gomez, cuya declaración obra a los folios 2923 a 2926, agente del Servicio de Información niega que contase al testigo protegido 1864/S (caso Lasa Zabala), al que se hace referencia en las informaciones de El Mundo (ver folio 2864) que se le inyectase agua en los pulmones a Zabalza, y que tal testigo no era Pedro Luis Migueliz Dabadie, sino Pablo Codesido Gutierrez, respecto del que no habló en sentido alguno de Zabalza, desvirtuando así tales informaciones.

QUINTO.- *De los informes del CESID y del ex coronel Juan Alberto Perote Pellón.*

Volviendo a las versiones que se ofrecen como alternativas, debe decirse que estas podrían encontrar apoyatura en los documentos que pudieran obrar en los archivos del CESID referentes a éste asunto (informe, microficha o nota interna), y ello pese a que el entonces General Rodríguez Galindo (f1704 a 1707) había dicho taxativamente que ninguna persona del CESID había venido a la Comandancia para recabar información (f 1707). Ello es confirmado por el entonces Delegado del Gobierno en Navarra Luis Roldán Ibáñez, en cuya declaración (f.1.939 a 1.942) señala que no recibió nota informativa alguna del caso Zabalza.

Al f.2145 aparece una noticia referida a un supuesto informe del CESID en donde el sargento Pedro Gómez Nieto habría informado al ex coronel Juan Alberto Perote que la muerte se habría producido mientras el detenido era interrogado. Como

es público y notorio, tales documentos no fueron nunca desclasificados, de existir realmente, dando cuenta del carácter secreto de los mismos el CESID en fecha 6 de octubre de 1997 (folio 2346), comunicando el Excmo. Sr. Ministro de Defensa, don Eduardo Serra mediante escrito de 11 de julio de 1996 (f.2031) que "no existe en el Centro documento alguno que contenga información que pueda contribuir al esclarecimiento de las circunstancias en las que se produjo la muerte de MIKEL ZABALZA GÁRATE".

Señala el Coronel Perote, en una declaración prestada el sumario 17/05 del Central nº 5 que existe una cinta que se encuentra en el CESID en donde el referido Gómez Nieto reconocía las torturas del caso Zabalza (f2232), si bien precisa en su declaración en éste procedimiento (f2279) que no recuerda si esa conversación se grabó, aunque su trascripción mecanografiada se encontró en su celda y que no puede situarla en el tiempo, negando el Capitán Pedro Gómez Nieto (folio 2285 a 2290, declaración de éste y careo entre ambos), conversación alguna sobre el referido tema. Tales afirmaciones han pretendido ser objeto de ulterior corroboración mediante la aportación de un video de la Antena 3 que no llegó nunca a emitirse y mediante la nueva citación de los referidos Perote y Gómez Nieto como testigos, extremos sobre los que éste instructor ya tuvo ocasión de pronunciarse en su Auto de fecha 5 de agosto de 2008 (f4729 a 4733), al que se renite y que obtuvo pronunciamiento confirmatorio de nuestra Audiencia Provincial en virtud de su Auto de fecha 30 de enero de 2009, que éste instructor hace enteramente suyos.

SEXTO.- *De los informes médicos que obran en la causa.*

Finalmente, y quizá como único y principal elemento objetivo que avala indiciariamente la versión "alternativa" del hecho sean los resultados del informe médico acordado por providencia 30 de abril de 1996 y evacuado por los Sres. Médicos Forenses don Luis Querejeta Casares y doña Carmen Baigorri Soler en fecha 4 de julio de 1996, y que obran a los folios 1883 a 1903 y cuyas conclusiones más notables son : 1º) que la elevada cantidad de materia tóxica comprobada en el estómago , en relación con los niveles existentes en el agua del río no se explica por una sumersión vital, ni siquiera responde a criterios científicos una relación 11 veces superior en el contenido gástrico respecto del medio de sumersión estudiado (f.1900), lo que conlleva a abonar, como conclusión 13ª del informe que "la concentración de trietanolamina en el contenido gástrico se considera paradódicamente elevada" (f1902) añadiendo que "no se puede dar explicación científica a la diferencia concentración de trietanolamina en sangre , pantalón y contenido gástrico".

Éste informe fue objeto de ampliación a instancias de la acusación particular

(ver solicitud al f.2.298) , señalándose en el mismo por la Sra. Forense doña Carmen Baigorri (f.2337 y 2338, Tomo VII, informe que deberá ser suscrito también por Luis Querejeta o por otro médico forense, para dar cumplimiento a lo prevenido en el 459 Lecrim, antes de declarar concluso el sumario) que nos movemos en el terreno de las puras hipótesis y que, por tanto, las respuestas deben enmarcarse *en el ámbito de la consideración* : y así señala, respecto de la posible introducción del cuerpo de ZABALZA en una pila de cemento "que cabe la posibilidad que el cuerpo presente, tras salir de allí un estado de rigidez invencible" (no se tiene constancia de que forma se encontró al perjudicado, pero las fotografías publicadas por El Mundo en donde aparece el cadáver, familiares y el Letrado defensor no aparenta precisamente esa postura); y que hipotéticamente, "si en dicha pila se encontraban líquidos utilizados en reparaciones de motores de achique, es posible que la sumersión vital en un líquido determine su presencia en el cadáver". El problema es que la hipótesis planteada - la presencia del componente trietanolamina en la citada pila o su utilización en reparaciones de motores- ni es confirmada por la Sra. Forense doña Carmen Baigorri (puesto que escapa a la ciencia médico legal), ni por absolutamente nadie, por lo que tal hipótesis no puede ser asumida , aun en el caso de que el citado compuesto se utilizara para lo que el Letrado dice, puesto que no sabemos que componentes tenía la pila, debiéndose señalarse que las informaciones periodísticas que motivaron la reapertura de la causa hablaban de "agua del río Bidasoa" y no de otros componentes como contenido de la referida pila.

No obstante, los informes evacuados , aunque evidentemente útiles y fundados en altas razones de ciencia , como corresponden a la cualificación profesional de ambos especialistas, no permiten desvirtuar sustancialmente las conclusiones médico legales a las que llegaron los Sres. Médicos Forenses de Pamplona don Pedro Francisco de Pablo y don Angel Burges y los especialistas en medicina legal que practicaron la segunda autopsia a instancias de acusación y defensa (Sres. Concheiro y Sra. Helweg), pues estos tuvieron percepción directa del cadáver objeto de necropsia, quedando a día de hoy inexplicado la razón de la diversa concentración de la sustancia en el cuerpo de Zabalza, pues las versiones que se han dado para ello (la de la charca, la de la pila o la de la jeringuilla) no pasan de ser meras conjeturas o hipótesis sin apoyo fáctico alguno.

SÉPTIMO.- *Respecto de la solicitud del Ministerio Fiscal de fecha 20 de febrero de 2008 . De la inexistencia de indicios. Conclusión.*

Fue causada por el Ministerio Fiscal en fecha 20 de febrero de 2008 solicitud de archivo provisional de las actuaciones al entender que la perpetración del hecho no ha quedado debidamente justificada, cierto es que tras previo traslado conferido al efecto por éste Juzgado mediante providencia de 11 de febrero de 2008. No es posible atender

a tal petición por cuanto éste instructor es incompetente funcionalmente para adoptar la misma, debiendo ser la Ilma. Audiencia Provincial la que decida sobre el particular (cfr. 632 Lecrim). No obstante, de todo lo que antecede no cabe duda que nos hallamos ante un estado de "impotencia investigadora", al no haberse podido concretar ninguno de los extremos que justificaron la reapertura del sumario, pese al esfuerzo instructor desplegado.

Y ello es así, por cuanto, con independencia de la diligencia que abajo se acuerda, de mero ritualismo, derivada de la exigencia del doble perito del 459 Lecrim, ninguna de las diligencias practicadas han podido fundar seriamente un juicio de probabilidad o de razonabilidad frente a ninguno de los imputados, por las razones que se han ido desgranando en la presente resolución.

Parece en éste punto necesario recordar que el auto de procesamiento, regulado en el art. 384 Lecrim constituye, conforme a la más generalizada doctrina científica, una resolución motivada y provisional por la que se declara a una persona concreta como formalmente imputada, al tiempo que se le comunica la existencia de una determinada imputación para que pueda defenderse de ella con plenitud de medios y de efectos. Para ello resulta necesario :

1º) La presencia de unos hechos o datos básicos.
2º) Que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta en relación a una o varias personas ; y
3º) Que resulta calificada como criminal o delictiva.

En el presente , los datos o hechos que racionalmente pueden haber quedado indiciariamente justificados son aquellos que la Ilma- Audiencia Provincial ya consignó en su Auto de fecha 18 de julio de 1.988, con el único añadido de la anormal presencia -en cuanto al grado de concentración- en el estómago del fallecido de la sustancia trietanolamina respecto del hallado en sangre y pantalón, insuficiente para fundar versión alternativa alguna pese a su inexplicabilidad desde el punto de vista científico y, sobre todo, insuficiente para apoyar las múltiples versiones que sobre el hecho existen y han sido publicadas , y su correlativa imputación a las personas de Dorado y Bayo, respecto de quien se razonó acerca de la inexistencia de indicio alguno en los Fundamentos anteriores.

PARTE DISPOSITIVA

Declarar NO HA LUGAR AL PROCESAMIENTO DE ANTONIO ESPEJO VALERO , GONZALO PEREZ GARCÍA y FERNANDO MARÍA CASTAÑEDA VALLS.

Declarar NO HA LUGAR AL PROCESAMIENTO de MIGUEL PEREZ GÓMEZ PASTRANA , JOSÉ JUAN PASTOR MUÑOZ y MANUEL SUJAR RODRÍGUEZ.

Declarar NO HA LUGAR AL PROCESAMIENTO de ENRIQUE DORADO VILLALOBOS y FELIPE BAYO LEAL.

No ha lugar a proveer sobre la solicitud del Ministerio Fiscal de fecha 20 de febrero de 2008, por carecer de competencia funcional para adoptar la decisión de sobreseer las actuaciones.

Solicítese a la Clínica Médico Forense que el informe médico legal que aparece a los f.2337 y 2338, Tomo VII, firmado por la Dra Baigorri , lo sea también por el Dr. Luis Querejeta o por otro médico forense, para dar cumplimiento a lo prevenido en el 459 Lecrim, antes de declarar concluso el sumario.

Contra este auto SÓLO cabe recurso de reforma, en el plazo de tres días, ante este Juzgado de Instrucción. En caso de desestimarse la misma, no podrá ser utilizada apelación ni ningún otro recurso, sin perjuicio de reproducir ante la Ilma. Audiencia Provincial tal solicitud, al tiempo de que le sea conferido traslado con arreglo al 627 Lecrim (véase 384 , párrafo sexto).

PÓNGASE ESTA RESOLUCIÓN EN CONOCIMIENTO DEL MINISTERIO FISCAL Y DEMÁS PARTES PERSONADAS

Lo acuerda y firma S.Sª. Doy fe.

Firma del/de la Juez   Firma del/de la Secretario

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 1
INSTRUKZIOKO 1 ZK.KO EPAITEGIA
DONOSTIA - SAN SEBASTIAN

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 2ª planta - C.P./PK: 20012
Tel.: 943-000721 Fax: 943-004389

A. KINTANA
2009 MAI. 20
JAKINARAZIA

Sumario / *Sumarioa* 3/1997 - G

Procedimiento origen/*Jatorriko prozedura*: Diligenc.previas/*Aurretiazko eginbideak* 3759/1985
N.I.G./*IZO*: 20.05.1-85/614109
Atestado nº/*Atestatu zk.*: GUARDIA CIVIL
Hecho denunciado/*Salatutako egitatea*: Delitos contra la vida humana independiente y Asesinato/*Giza bizitza askearen aurkako delituak eta Erailketa*

Procurador/*Prokuradorea*: AINHOA KINTANA MARTINEZ, JUAN RAMON GONZALEZ MEDRANO, INES PEREZ-ARREGUI DE CODES
Abogado/*Abokatua*: IÑIGO IRUIN SANZ, MARIA JOSE AGUADO CORMAN, HUMBERTO DE LA TORRE BLANCO, HUMBERTO DE LA TORRE BLANCO y HUMBERTO DE LA TORRE BLANCO
Representado/*Ordezkatua*: MARIA LOURDES ZABALZA GARATE, JOKIN GOROSTIDI ARTOLA, JOSE JUAN PASTOR MUÑOZ, ENRIQUE DORADO VILLALOBOS, FELIPE BAYO LEAL, ARTURO ESPEJO VALERO, FERNANDO M CASTALLEDA VALLS y GONZALO GARCIA PEREZ

AUTO

JUEZ QUE LO DICTA: MAGISTRADO-JUEZ D/Dª LUIS ENRIQUE GARCIA DELGADO
Lugar: DONOSTIA - SAN SEBASTIAN
Fecha: catorce de mayo de dos mil nueve

HECHOS

PRIMERO.- Se interpone recurso de reforma por parte de la representación de MARÍA LOURDES ZABALZA GÁRATE y otros contra el auto de 6 de abril de 2009, por el que se Declarar NO HA LUGAR AL PROCESAMIENTO DE ANTONIO ESPEJO VALERO , GONZALO PEREZ GARCÍA y FERNANDO MARÍA CASTAÑEDA VALLS, d MIGUEL PEREZ GÓMEZ PASTRANA , JOSÉ JUAN PASTOR MUÑOZ, MANUEL SUJAR RODRÍGUEZ, ENRIQUE DORADO VILLALOBOS y FELIPE BAYO LEAL.

Los motivos de impugnación son los siguientes:

1º) El instructor secciona la instrucción sumarial en dos partes, eludiendo la contrastación de las obtenidas en la primera fase del procedimiento con las que se han practicado tras la reapertura.

2º)El instructor utiliza unas pautas valorativas mas propias de una resolución definitiva (juicio de certeza) que de una resolución como al recurrida (juicio de mera

probabilidad), especialmente referidos a la valoración de las declaraciones sumariales de Migueliz y Soria.

3º) El informe médico que obra en autos concluye inequívocamente que la muerte de Zabalza no se derivó de una sumersión vital en medio líquido, lo que ha de ponerse en relación con otros datos como los testimonios de Idoia Ayerbe (que señalaba que Mikel no sabía nadar y tenía terror al agua y que afirma haber sido torturada), la declaración de Mikel Zabalza , que señala que oyó gritos y voces que le parecieron ser de su primo; la del cazador Mitxelena , quien no vio maniobras de búsqueda del mismo o que el cadáver fuera encontrado en un tramo corto, previamente rastreado por buceadores.

4ª) El instructor suplanta las labores del Tribunal enjuiciador al valorar la incredibilidad subjetiva del Sr. Dabadie para descartar indicios de culpabilidad contra los inculpados; igualmente, hace referencia a que los reportajes publicados por los periodistas no dieron origen a ejercicio de acción de rectificación alguna , así como las manifestaciones del Coronel Perote, solicitando que se reforme la resolución y se procese a Dorado, Bayo, Espejo y Castañeda).

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal y la procuradora Ines Perez Arregui de Codes impugnan el recurso por los motivos que obran en el escrito presentado.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- ***Sobre el auto de procesamiento y la hipótesis incriminatoria acerca de Dorado y Bayo.***

Nada que oponer a la doctrina que, sobre el auto de procesamiento , vierte la representación de la acusación particular en su escrito. Lo que ocurre es que debe distinguirse la mera probabilidad o hipótesis del indicio racional de criminalidad.

Establece la STC de 5-4-1990 (RTC 1990, 70) que el auto de procesamiento aparece como una peculiar institución del ordenamiento procesal español, incardinada en el que ha venido siendo procedimiento común para el enjuiciamiento de los delitos, cuya naturaleza ha sido caracterizada por la doctrina como resolución que coloca al afectado en una situación procesal específica como objeto de una imputación formalizada, representando una garantía para el formalmente inculpado, aunque en algún supuesto puede resultar, por consideraciones ajenas al proceso, dañoso y perjudicial para el prestigio social del procesado; dicho auto permite un conocimiento previo de la imputación en fase de instrucción sumarial, posibilita la primera declaración indagatoria y hace surgir la obligación judicial de proveer de Abogado de oficio sí el procesado estuviera desasistido de dirección letrada, además de conferir al procesado la plenitud de la condición de parte, con las consecuencias a ello inherentes; **el procesamiento, pues, constituye sólo una resolución judicial de imputación formal y provisional que ha de ser objeto del correspondiente debate contradictorio y de la ulterior decisión, no implicando la culpabilidad del procesado, ni siquiera la vinculación de los órganos judiciales, habida cuenta de que tanto el propio Instructor como la Audiencia pueden dejar sin efecto el procesamiento si desaparecen los indicios que determinaron su adopción**; tal auto, en cuanto medida atributiva de un determinado status e imputación suficiente para justificar la adopción de medidas cautelares de importancia dentro del proceso penal, **siendo además presupuesto necesario para la apertura del juicio oral, en el caso de que se dictara arbitrariamente sin un mínimo fundamento en algún indicio racional de criminalidad, podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836)**; de ahí que deba incorporar explícita motivación y que, teniendo en cuenta la propia literalidad del art. 334 de la LECrim (LEG 1882, 16), contenga: la presencia de unos hechos o datos básicos, que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta, y que resulte calificada como criminal o delictiva.

A este respecto, como indica la STC de 19-7-1989 (RTC 1989, 135), no se puede confundir un auto de procesamiento, que en sí mismo no encierra declaración de culpabilidad, con una sentencia condenatoria, como tampoco la actividad probatoria de cargo exigible en el juicio oral para disipar la presunción de inocencia es trasladable a la fase sumarial, pues, salvo excepción, en el sumario no se practican pruebas; **ello no significa que la presunción de inocencia no pueda ser vulnerada en un auto de procesamiento, pues tal lesión podría producirse si el órgano judicial dictase su resolución de modo arbitrario, caprichoso o notoriamente infundado, sin argumentar ni razonar la concatenación, gravedad y racionalidad de los indicios**, pero siempre teniendo en cuenta que al autor del auto de procesamiento no se le puede exigir el mismo grado de certeza que al Juzgador que condena, si bien sí le es exigible que razone de dónde emanan los indicios de criminalidad, que no suponen un juicio condenatorio, de iodo punto inaceptable en dicho momento procesal, pero sí **algo más fuerte que una posibilidad y más débil que la certeza sobre la participación en la comisión delictiva**. Tales indicios racionales de criminalidad son, en expresión recogida

en la ATS de 4-5-2001 (RJ 2001, 4180), el soporte del procesamiento. Basta para su pronunciamiento, según el art. 384 de la LECrim (LEG 1882, 16), con la presencia de algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, lo que equivale a fundada sospecha producto de un raciocinio lógico, serio y desapasionado

Pues bien , este instructor, tras una valoración conjunta del material probatorio, ha llegado a la conclusión de que la hipótesis "Dorado y Bayo asesinaron a Mikel Zabalza mientras éste era torturado o como consecuencia de tales torturas" no salva el juicio de incriminación propio de ésta fase procesal, de mera probabilidad, pues carecemos de argumentos sólidos para afirmar semejante cosa.

Debe señalarse que los nombres de Felipe Bayo y Enrique Dorado no fueron mencionados en lugar alguno de la presente causa criminal antes de acordarse el archivo de la presente causa en el año 1.988, por lo que ninguna de las declaraciones que se prestaron en la misma sirven para fundar la autoría, siquiera indiciaria, de ninguno de los dos aludidos. Tan sólo serviría para ello las testificales de dos personas: Pedro Luis Migueliz alias "Txofo" y Vicente Soria Rodríguez. El primero no pudo percibir directamente nada y sólo refiere lo que le contó uno de los supuestamente partícipes del hecho , Enrique Dorado. Resulta lógico que el Juez instructor se pregunte sobre sus motivaciones y comportamiento para manifestar algo que sólo sabe "de oídas" y que evidentemente niega la persona que se lo contó. Ello no supone entrar a valorar prueba, realizando operaciones intelectuales que son propias del Tribunal sentenciador sino analizar mínimamente la solidez y consistencia del testimonio, pues si no se correría el riesgo de desnaturalizar la finalidad del auto de procesamiento, incurriendo en la ligereza de permitir la apertura y plena sustanciación de un procedimiento penal contra un ciudadano solamente por manifestaciones de un tercero sobre algo que le dijeron o que oyó y que nadie más respalda.

En este sentido, no es inoportuno preguntarse por las verdaderas relaciones que unían a Txofo con Dorado , por el tipo o tipos de relación que ambos mantenían y por el comportamiento del testigo en orden a poner en conocimiento el hecho delictivo, así como las posibles motivaciones.

El segundo testimonio que permitiría no tanto fundar la autoría de Dorado y Bayo como la existencia de un delito contra la vida y otro de tortura, imputable a las personas que custodiaban a Zabalza, es el de Vicente Soria, quien tendría mucho más peso que el de Migueliz, pues no relataría nada que le hubieran dicho, sino algo que percibió él directamente (el traslado de Zabalza, moribundo o ya muerto, en un ascensor). El problema es que tal testimonio sólo se puede tener como fuente incriminatoria cuando se presta a presencia de SSª, con asistencia de las partes y en el curso de un procedimiento judicial. Lo que diga el Sr. Soria a periodistas de "El

Mundo" o de "El Sur y su entorno", puede justificar un reportaje periodístico pero nunca una resolución judicial , so pena de eliminar todas las garantías de contradicción, oralidad e inmediación que, si bien con más debilidad que en la fase de plenario, rigen también en la fase de instrucción sumarial. Y en este sentido , Soria ha negado tajantemente que viera a Mikel Zabalza el día de autos en la forma y modo que narran los reportajes. Si anduvo diciendo otra cosa a terceros, ello servirá para dudar de la verosimilitud de su testimonio judicial, pero nunca para fundar un juicio serio de incriminación.

Se prescinde de valorar los reportajes realizados por medios de comunicación y de las manifestaciones de los periodistas que los suscribieron , sobre las que ya se habló en el auto que se recurre, puesto que nos encontramos antes testimonios de doble referencia: lo que saben ni siquiera se lo contaron los implicados, sino terceras personas que supuestamente trataron con ellos.

Igualmente, el testimonio del Coronel Perote tiene un valor casi nulo: no puede tener otro conocimiento que el que un tercero le pudo transmitir, habiéndose ya puesto de manifiesto las contradicciones existentes entre los papeles hallados en su celda y lo que se ha podido comprobar posteriormente.

SEGUNDO.- Sobre la no contrastación de las diligencias de la "primera fase" procesal . Sobre los motivos de inculpación de Espejo Valero y Pérez García.

Éste instructor no valora las diligencias de la primera fase de la instrucción porque ya fueron valoradas en plenitud por la Audiencia Provincial, y así la de Idoia Ayerbe y Manuel María Vizcay (vease 2620 y 2621), a la que se le resta credibilidad en cuanto a su testimonio de haber sufrido malos tratos , así como la necesidad de que las mismas *sean sometidas a una valoración crítica en función de la mayor carga de apasionamiento que pueden llevar en función del rol que el testigo tiene o puede tener en relación a personas o materias investigadas* ; concluyendo al folio 2625 que señala, en cuanto a las declaraciones testificales prestadas por éstos que *deben ser sometidos a severa valoración crítica de la que salen muy debilitadas por la sospechosa y tardía alegación de las pretendidas torturas y malos tratos propios o ajenos que se denuncian el día 10 de diciembre (...) cuando se manifestó lo contrario los días 27 de noviembre , 30 de noviembre y 3 de diciembre y nada se objetivó.* Ello conviene ser recordado tanto para poner de manifiesto que no es éste instructor el único que somete a crítica valoración las declaraciones sumariales, preguntándose acerca de las motivaciones de todos y cada uno de los testigos, como para dudar de la verosimilitud de las manifestaciones referidas al supuesto "miedo a nadar" de Mikel Zabalza.

Respecto del cazador Michelena y su testimonio, debe decirse que ya recuerda nuestra Audiencia que, en la diligencia de reconstrucción de hechos que se hace en el

curso del procedimiento, se hace contar que se acompaña al referido señor al lugar del hecho, y tras volver del mismo , *no se ha podido observar a los miembros de la Guardia Civil desplegados para impedir el tránsito de personas ni a los periodistas ni demás personal que allí se encontraba* (folio 2619), por lo que la afirmación del mencionado de que el estuvo cazando la mañana del 26 de septiembre en el monte cuya falda se encuentra el túnel y que no vio a nadie, no tiene valor alguno a efectos de contestar o desvirtuar la versión dada por Espejo y Castañeda del traslado de Zabalza al túnel de Endarlaza.

Tales diligencias obraban en la causa y, se insiste, fueron convenientemente valoradas a los efectos de descartar indicios de responsabilidad penal en su momento y no se ha practicado diligencia alguna que permita mudar de parecer u otorgar mayor veracidad a las mismas de la que se dio aquellos días, en los que la proximidad temporal de la instrucción con el hecho permitía , a todas luces, realizar un juicio de imputación más fundado.

TERCERO.- Del informe médico forense que en autos obra de 4 de julio de 1996.

Ya se reconoció por parte de éste instructor que el informe médico forense que en autos obra es lo único de todo lo practicado desde la reapertura que ponía en cuestión la versión aceptada por la Audiencia Provincial en 1988. Sin embargo, tal informe puede infundir dudas acerca de la etiología o causa de la muerte de MIKEL ZABALZA, pero nunca señalar nada sobre su supuesta autoría, que fundamentalmente es de lo que se trata en un auto de procesamiento (es decir, la existencia de un hecho con apariencia delictiva sólo es el primer presupuesto; el segundo es que tal hecho pueda ser racionalmente imputado a alguien).

Sin embargo, debemos examinar atentamente el informe y lo ponemos en relación con los otros que en la causa obran (los evacuados por los Sres. Médicos Forenses de Pamplona don Pedro Francisco de Pablo y don Angel Burges y los evacuados por los especialistas en medicina legal que practicaron la segunda autopsia a instancias de acusación y defensa (Sres. Concheiro y Sra. Helweg) siendo –aquí sí- procedente su valoración conjunta.

Mikel Zabalza murió por asfixia. Ninguno de los informes de autopsia practicadas en ésta causa lo ponen en duda y las valoraciones que los forenses hacen 10 años después tampoco sirven para descartar tal circunstancia. El interrogante se plantea a raíz de la elevada materia tóxica hallada en el estómago, que no se explica científicamente si Mikel murió ahogado en el río Bidasoa, existiendo otros datos como son la inexistencia de lesiones cutáneas o signos de putrefacción en el cadáver compatibles con la existencia de fauna del río. No obstante, ello no permite ni descartar por completo tal tesis (de hecho, se dice que la putrefacción puede hacer desaparecer los signos de sumersión), ni permite fundar hipótesis alternativa válida ,

pues la sumersión en otro medio no explicaría ni la presencia de taladrina ni la baja concentración de diatomeas, que señalan directamente al río Bidasoa, no siendo precisamente el dato de la ausencia de todo traumatismo el que avalaría la tesis de la muerte de Mikel durante la ejecución de terribles torturas y siendo difícil de entender que tanto los forenses de Pamplona como los peritos en medicina legal designados por acusación y defensa hubieran hablado de la tesis asfíctica sin ser ésta la verdadera causa de la muerte y no hubieran señalado la posibilidad de que Zabalza muriera en otra forma o , en su caso, precisar en qué tipo de medio líquido pudo ser sumergido antes o después de la muerte.

Por todo lo expuesto, no ha lugar a la reforma del Auto, manteniéndose todos los pronunciamientos de la resolución recurrida.

PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMAR el recurso de reforma presentado por parte de la representación de MARÍA LOURDES ZABALZA GÁRATE y otros contra el auto de fecha de 6 de abril de 2009, confirmando íntegramente todos sus pronunciamientos.

Contra esta resolución NO CABE RECURSO ALGUNO, sin perjuicio de reproducir ante la Ilma. Audiencia Provincial tal solicitud, al tiempo de que le sea conferido traslado con arreglo al 627 Lecrim (véase 384 , párrafo sexto).

Notifíquese este auto al Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

Lo acuerda y firma S.Sª. Doy fe.

Firma del/de la Juez   Firma del/de la Secretario

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 1
INSTRUKZIOKO 1 ZK.KO EPAITEGIA
DONOSTIA - SAN SEBASTIAN

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 2ª planta - C.P./PK: 20012
Tel.: 943-000721 Fax: 943-004389

A. KINTANA
2009 MAI. 20
JAKINARAZIA

Sumario / *Sumarioa* 3/1997 - G

Procedimiento origen/ *Jatorriko prozedura*: Diligenc.previas/ *Aurretiazko eginbideak* 3759/1985
N.I.G./IZO: 20.05.1-85/614109
Atestado nº/ *Atestatu zk.*: GUARDIA CIVIL
Hecho denunciado/ *Salatutako egitatea*: Delitos contra la vida humana independiente y Asesinato/ *Giza bizitza askearen aurkako delituak eta Erailketa*

Procurador/ *Prokuradorea*:
Abogado/ *Abokatua*:
Representado/ *Ordezkatua*: MIKEL ZABALZA

AUTO

JUEZ QUE LO DICTA: MAGISTRADO-JUEZ D/Dª LUIS ENRIQUE GARCIA DELGADO
Lugar: DONOSTIA - SAN SEBASTIAN
Fecha: catorce de mayo de dos mil nueve

HECHOS

ÚNICO.- El presente sumario se incoó por supuesto delito de contra la vida humana habiéndose practicado cuantas diligencias se estimaran oportunas para el esclarecimiento de los hechos, siendo las más relevantes tanto aquellas que fueron objeto de estudio por el Auto de fecha 18 de julio de 1988, dictado por la Audiencia Provincial, como las señaladas en el **Auto de 6 de abril de 2009, que declaraba no haber lugar al procesamiento de ANTONIO ESPEJO VALERO , GONZALO PEREZ GARCÍA, FERNANDO MARÍA CASTAÑEDA VALLS, MIGUEL PEREZ GÓMEZ PASTRANA , JOSÉ JUAN PASTOR MUÑOZ y MANUEL SUJAR RODRÍGUEZ, ENRIQUE DORADO VILLALOBOS y FELIPE BAYO LEAL**, resolución contra la que se interpuso escrito de reforma , resuelto desestimatoriamente el día de la fecha.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

UNICO.- Practicadas cuantas diligencias se han estimado necesarias para la comprobación del delito, participación en el mismo y las circunstancias que en su comisión han concurrido se desprende que no aparecen indicios racionales de criminalidad contra persona determinada, por lo que es procedente concluir el presente sumario sin procesamiento alguno, **dando por reproducidos los argumentos vertidos en el Auto de fecha 6 de abril de 2009,** así como en el auto que resolvía la reforma contra el mismo acerca de la imposibilidad de atribuir definitiva legitimación pasiva en la presente causa a ninguna de las personas en ella imputadas.

PARTE DISPOSITIVA

SE ACUERDA DECLARAR CONCLUSO ESTE SUMARIO, que se remitirá, junto con los objetos intervenidos, las cantidades consignadas y/o ocupadas y las piezas separadas correspondientes, si las hubiere, a la Ilma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes por término de DIEZ días ante la misma.

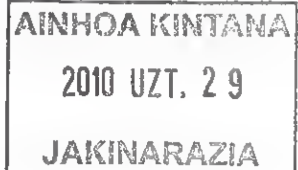
Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso.

Lo acuerda y firma S.Sª. Doy fe.

Firma del/de la Juez   Firma del/de la Secretario

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA
Sección / *Sekzioa*: 1ª/1.

Calle SAN MARTIN 41,1ªPLANTA,DONOSTIA - SAN SEBASTIAN
Tel.: 943-000711.Fax / Faxa: 943-000701
N.I.G. /*IZO* : 20.05.1-85/614109
Rollo penal / Penaleko erroilua *1024/2008*
Atestado nº./ *Atestatu zk.*:
Hecho denunciado / *Salatutako egitatea*: DESAPARICION
O.Judicial origen / *Jatorriko epaitegia*: Jdo.de Instrucción nº1 Donostia-San Sebastián
Procedimiento / *Prozedura*: Sumario / 3/1997
Contra: ARTURO ESPEJO VALERO, FERNANDO Mª CASTALLEDA VALLS, GONZALO GARCIA PEREZ, JOSE JUAN PASTOR MUÑOZ, FELIPE BAYO LEAL, ENRIQUE DORADO VILLALOBOS, MIGUEL PÉREZ GÓMEZ PASTRANA, MANUEL SUJAR RODRIGUEZ
Ac.Part.: HERMANOS ZABALZA GÁRATE AYUNTAMIENTO DE SAN SEBASTIÁN y ASOCIACIÓN CONTRA LA TORTURA



AUTO

Iltmos. Sres.:

PRESIDENTE Dña. VICTORIA CINTO LAPUENTE
MAGISTRADO D. IGNACIO JOSÉ SUBIJANA ZUNZUNEGUI
MAGISTRADA Dña. MARIA JOSE BARBARÍN URQUIAGA

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a 23 de julio de 2010.

HECHOS

PRIMERO.- Mediante providencia de 27 de marzo de 2008 se formó el rollo de Sala con el parte de incoación remitido por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Donostia-San Sebastián.

SEGUNDO.- Mediante providencia de 7 de abril de 2008 se designó ponente a la Ilma magistrada Dña. Coro Cillán García de Iturrospe.

TERCERO.- Mediante diligencia de 3 de junio de 2009 se dejó constancia de la recepción del sumario 3/97 procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de Donostia-San Sebastián.

CUARTO.- Mediante providencia de 25 de junio de 2009 se confirió un plazo común de cinco días a las partes para que manifestaran lo que a su derecho conviniere respecto a la conclusión del sumario. Esta resolución fue recurrida por la Acusación Particular –que solicitaba un traslado individualizado para cada parte-, recurso que, tras la adecuada tramitación, dio lugar al auto de 15 de octubre de 2009 en el que se estimaba la impugnación.

QUINTO.- El referido auto de este tribunal de 15 de octubre de 2009 acordaba que se hiciera entrega al Ministerio Fiscal del procedimiento para su instrucción en el plazo de diez días. Este trámite fue cumplimentado mediante escrito de 23 de diciembre de 2009.

SEXTO.- Mediante diligencia de ordenación de 19 de enero de 2010 se confirió traslado para instrucción a la Acusación Particular por un plazo de diez días. Este trámite fue cumplimentado mediante escrito de 26 de febrero de 2010.

SÉPTIMO.- Mediante diligencia de ordenación de 8 de marzo de 2010 se confirió traslado para instrucción al Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, trámite que cumplimentó el día 25 de marzo del referido año.

OCTAVO.- Mediante diligencia de ordenación de 9 de abril de 2010 se confirió traslado para instrucción a la Defensa de los Sres. Castañeda y Espejo, trámite que fue cumplimentado mediante escrito de 28 de abril de 2010. Ulteriormente se confirió traslado a la Defensa de los Sres. Sujar Rodríguez y Pastor Muñoz, trámite que cumplimentaron mediante escrito de 24 de mayo de 2010.

NOVENO.- Mediante providencia de fecha 9 de junio de 2010 se designó ponente al Ilmo magistrado D. Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI quien refleja en este autos las razones que justifican la decisión del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debate jurídico

1.- La Acusación Particular solicita la revocación del auto de conclusión del sumario 3/97, pronunciado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Donostia-San Sebastián en fecha 14 de mayo de 2009, con petición de devolución de la causa al Juzgado de Instrucción referido para que proceda a dictar auto de procesamiento contra D. Arturo Espejo Valero, D. Fernando Mª Castañeda Vallas, D. Enrique Dorado Villalobos y D. Felipe Bayo Leal, por los delitos del artículo 204 bis, párrafo primero, en relación con el artículo 405 y ss, todos ellos del Código Penal de 1973. La parte acusadora asienta esta conclusión en las siguientes alegaciones:

- El informe médico forense de 4 de julio de 1996 cuestiona la versión de los hechos sostenida por el instructor. En concreto, refiere que el mentado informe médico presenta la siguiente conclusión, que califica de inequívoca: "No es posible afirmar el fallecimiento como consecuencia de una sumersión vital en medio líquido con las características del descrito en el Rio Bidasoa".

- La mentada conclusión médico-forense cuestiona la versión facilitada por los miembros de la Guardia Civil D. Arturo Valero y D. Fernando Mª Castañeda acerca de lo acontecido, cuestionamiento que, a su juicio, debe ponerse en relación con los siguientes elementos obrantes en la causa:

-; El hecho de que sólo tres miembros de la Guardia Civil acompañasen a Zabaltza al hallazgo de un zulo, de noche, en un lugar no conocido por los guardias, cercano a un momento y a un río, tratándose, además, de un presunto miembro de ETA que, según testimonio de D. José Miguel Alonso Manzano, constituía el objetivo fundamental de la operación policial.

-; La declaración testifical de Dña. Idoia Aierbe –novia de D. Mikel Zabaltza- en el sentido de que el detenido no sabía nadar y tenía terror al agua.

-; Las declaraciones de Dña. Idoia Aierbe y D. Jon Arretxe –detenidos en la misma operación policial- que refieren que también sufrieron malos tratos como los denominados "la bolsa" y "la bañera".-

-; La declaración testifical de D. Manuel Bizkay –primo del Sr. Zabaltza y detenido en la misma operación policial- indicando que oyó vómitos y gritos de una voz que le pareció la de su primo.

-; La declaración testifical del Sr. Mitxelena –cazador- quien sostuvo que estuvo varias horas cerca del lugar donde supuestamente huyó el detenido fallecido, no viendo ninguna maniobra de búsqueda del mismo. En el mismo sentido, las declaraciones de los guardias civiles Sres. Gamero y Galeote, de guardia durante la noche de la afirmada huída del Sr. Zabaltza, en el cercano cuartel de Endarlaza.

-; El hecho de que el cadáver fuera hallado en un tramo del río que había sido rastreado por buceadores de la Cruz Roja, tratándose de un tramo relativamente corto.

La Acusación Particular sostiene que la información referida justifica un cúmulo de indicios incriminatorios frente a los Guardias Civiles Sres Espejo Valero y Castañeda Valls. Además, arguye que también existen elementos incriminatorios frente a D. Enrique Dorado y D. Felipe Bayo, que sustenta en los siguientes alegatos:

- El testimonio de D. Pedro Luis Migueliz Dabadie, quien refiere que el Sr. Dorado le comentó su intervención en la muerte de D. Mikel Zabaltza y aporta fotografías que corroboran su declaración.

- Las imputaciones hacia los Sres. Dorado y Bayo provenientes de informaciones publicadas en el periódico "El Mundo" los días 30 y 31 de octubre de 1995.

- La declaración del ex Coronel D. Juan Alberto Perote respecto a una grabación en la que el Capitán D. Pedro Gómez Nieto admite que el Sr. Zabalza murió tras ser torturado.

A las pretensiones y alegatos sostenidos por la Acusación Particular se adhieren el Ayuntamiento de San Sebastián y la Asociación contra la Tortura.

2.- El Ministerio Fiscal se muestra conforme con la conclusión del Sumario, interesando el sobreseimiento provisional de la causa conforme a lo dispuesto en el artículo 641.1° LECrim. Sostiene que, a la vista de las diligencias de instrucción practicadas para comprobar las afirmaciones contenidas en las investigaciones periodísticas de El Mundo, no existe base suficiente para sostener una acusación contra los imputados.

3.- La representación procesal de D. Arturo Espejo y D. Fernando Castañeda solicita la confirmación del auto de conclusión de sumario, de fecha 14 de mayo de 2009, así como el pronunciamiento de un auto de sobreseimiento libre de las actuaciones. Entiende que siguen vigentes las razones que justificaron el sobreseimiento inicial de las actuaciones acordado por el Juez de Instrucción, en auto de 13 de abril de 1988, ratificado por auto de la Ilma. Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 18 de julio de 1988. A su juicio, la reapertura de la causa, tras la aparición de determinadas informaciones periodísticas, no ha hecho mas que ratificar que no existen elementos fundados que justifiquen el procesamiento solicitado por la Acusación Particular.

4- La representación procesal de D. Manuel Sujar Rodríguez y D. José Pastor Muñoz solicitan la confirmación del auto de conclusión del sumario y el sobreseimiento libre de estas dos personas, dado que ni la Acusación Particular ni la Popular han interesado su procesamiento.

SEGUNDO.- **Sobreseimiento**

1.- La pretensión ejercitada en esta fase procesal por la Acusación Particular –revocación de la conclusión de sumario y procesamiento de cuatro miembros de la Guardia Civil- tiene como punto de partida de su análisis la descripción de la situación jurídica inicialmente pergeñada por los autos del Juez de Instrucción nº 1 de Donostia-San Sebastián, de 13 de abril de 1988 y de la Ilma Audiencia Provincial de Gipúzkoa, de 18 de julio del mismo año.

2.- El auto del Juez de Instrucción nº 1de Donostia-San Sebastián, de 13 de abril de 1988, describía los siguientes hechos:

- D. Mikel Zabaltza Gárate fue detenido en su casa, a las 02,35 horas del día 26 de noviembre de 1985, junto con su primo, D. Manuel María Bizcay Zabaltza, por miembros del Servicio de Información de la Guardia Civil.

- Después de proceder al registro de la vivienda, ambos fueron conducidos al Cuartel de la Guardia Civil de Intxaurrondo, en cuyo interior ambos detenidos fueron separados, aplicándoseles la legislación antiterrorista, lo que conllevó su incomunicación. Durante la madrugada fueron detenidas otras personas dentro del mismo dispositivo policial. Entre ellas estaban Dña. Idoia Aierbe, novia del Sr. Zabaltza.

- A las 09,00 horas del día 26 de noviembre de 1985 la 513 Comandancia de la Guardia Civil transmitió por telex los datos de la fuga de D. Mikel Zabaltza a las Comandancias de la Guardia Civil y a las Jefaturas Superiores de Policía de Bilbao, Vitoria y Pamplona, a las Capitanías de la 1ª a 7ª Compañías del G.A.R, al Ministerio del Interior, a la Dirección General de la Guardia Civil, al General Jefe de la 5ª zona de la Guardia Civil, al Coronel Jefe del 51 Tercio de la Guardia Civil, al Teniente General Jefe del G.A.R., al Delegado del Gobierno de Euskadi y Al Gobernador Civil de Guipúzcoa. La 513 Comandancia de la Guardia Civil remitió, a instancia judicial, un informe al Juzgado Central de Instrucción nº 5 el día 4 de diciembre de 1988 que contiene el siguiente relato: que custodiado por dos guardias civiles en una habitación de las dependencias del Servicio de Información de la Guardia Civil en el cuartel de Intxaurrondo, D. Mikel Zabaltza revela, hacia las 05,00 de la mañana, que conoce la existencia de un zulo. El teniente Espejo verifica la información y ordena al Guardia Castañeda que espose a Zabaltza, con las manos por delante del cuerpo y salen en un automóvil del acuartelamiento, hacia las 06,00 de la mañana, el detenido, el Teniente Espejo, el Teniente en prácticas Pérez y el Guardia 2º Castañeda. El automóvil alcanza la entrada del túnel de Endarlaza sobre las 06,30 horas. El teniente Espejo lleva a Zabaltza esposado y agarrándole por el brazo izquierdo y los otros dos Guardias Civiles, portando sus linternas unos siete y ocho metros delante, uno a la izquierda y otro a la derecha del túnel en busca de una gran piedra blanca que señalaría la existencia del zulo, cuando, de súbito, Zabaltza se vuelve y golpea con su rodilla los testículos del teniente Espejo, quien cae al suelo mientras Zabaltza se introduce por el hueco que existe practicado en la pared

izquierda del túnel y del que avanza un abrupto sendero entre maleza que termina en pronunciamiento pendiente, casi vertical, en el río Bidasoa.

- A las 13,25 horas del día 15 de diciembre de 1985 aparece flotando en las aguas del río Bidasoa el cadáver de D. Mikel Zabaltza. En concreto, el descubrimiento se produce cerca de su margen derecha, a unos 150 metros de la apertura que hay en el lateral del túnel de Endarlaza. Se hallaba vestido con una camisa de cuadros de tonos verdes y rojos, un anorak o chubasquero, unos pantalones de trabajo y calzado deportivo. Además, tiene las manos esposadas por delante del cuerpo. La causa de la muerte fue la asfixia por sumersión.

El mencionado auto, tras analizar las diligencias de instrucción (en especial, las declaraciones de la Sra. Aierbe –novia del detenido fallecido-, el testimonio del cazador Sr. Mitxelena, la reconstrucción judicial de los hechos referidos por el oficio de la 513 Comandancia de la Guardia Civil, los dictámenes periciales de los dos Médicos-Forenes, la doctora Hezweg-Larsen –designada por la Acusación Particular- y el Doctor Concheiro- propuesto por la Defensa-, y referir que el único hecho cierto es que la muerte del Sr. Zabaltza se produjo por asfixia por sumersión, sostiene que del análisis de la instrucción "(…) lo único que tenemos por cierto es que ZABALTZA habló a dos guardias civiles que le custodiaban, sobre la existencia de un zulo, y a partir de este hecho –sobre cuya generación caben todas las especulaciones de carácter sicológico o de estrategia política que los interesados deseen- la única versión lógica que las pruebas practicadas ofrecen, es la de los guardias civiles, lo que impide establecer ese conjunto de presunciones cualificadas por la racionalidad y la criminalidad que son los indicios requeridos para abrir un sumario y remitirlo a la Audiencia Provincial". A partir de este discurso concluye que: "La consecuencia procesal de esto es que no procede el sobreseimiento provisional de la causa al amparo del artículo 641.1° como propone el Ministerio Fiscal, que sería oportuna si en curso de un sumario no resultara debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a su formación, sino el archivo de estas Diligencias Previas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 789 primero, de la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque al no ser los hechos constitutivos de delito no se ha dado lugar a incoar sumario alguno".

3.- El auto de la Audiencia Provincial, de 18 de julio de 1988, indica, como reflexión preliminar, que "(...) hay que partir de la realidad de que la investigación judicial llevada a cabo revela tal amplitud y minuciosidad que la misma se encuentra hoy totalmente agotada, no hay una impotencia investigadora sino un agotamiento de la investigación (...)". A continuación argumenta su decisión tomando como referente los injustos que la Acusación estima cometidos. Con relación a los que en este momento procesal son objeto de debate (delitos de tortura y homicidio-asesinato) la argumentación es la que sigue.

Respecto al delito contra la vida, pondera el testimonio del cazador Sr. Michelena- que en sus declaraciones afirmaba haber estado la mañana del día 26 de noviembre de 1985 en el monte en cuya falda se encontraba el túnel, permaneciendo en el lugar desde las 7,30 de la mañana hasta las 13,00 horas, deponiendo que "no vio a nadie ni a miembros de la Guardia Civil ni vehículo ni dada", y que "tampoco vio ningún rastreo y solo dos coches particulares que fueron hacia los túneles sobre las 8,300 a mucha velocidad, uno de los cuales se dio la vuelta inmediatamente"- señalando que la información exhaustivamente descrita por el instructor en la diligencia de reconstrucción de los hechos "evidencia la posibilidad real de movimiento de vehículos y personas por las proximidades del túnel y la ladera sin que ello tuviera que ser visto necesariamente por e Sr. Michelena". También se pondera la declaración de la Sra. Aierbe, reseñando que, habiendo negado en sus declaraciones en sede policial con asistencia letrada haber sufrido malos tratos, y habiendo sido examinada hasta en dos ocasiones distintas en dependencias policiales por el Médico-Forense –una vez en San Sebastián, tras su detención, y la otra en Madrid, tras su primera declaración y antes de la segunda-, no apreciándose externamente ninguna lesión antigua o reciente, así como ejerciendo el derecho a no declarar ante la instrucción judicial, es, una vez puesta en libertad, cuando comparece en el Juzgado de Instrucción en funciones de Guardia de Donostia-San Sebastián "aludiendo por primera vez a un cuadro de torturas o malos tratos durante su permanencia en el cuartel de Inchaurrondo así como el traslado de Mikel en camilla por dentro de las dependencias". Respecto al Sr. Vizcay, tras dejar constancia de que también fue reconocido en dos ocasiones por un Médico-forense sin que se apreciara externamente ningún lesión reciente o antigua y de que en su declaración ante el Juez Central de Instrucción manifestó expresamente "que recibió un trato correcto durante su detención y que no tiene queja alguna del comportamiento de las fuerzas de la Guardia Civil", compareció también ante el Juzgado dc Instrucción en funciones de Guardia de Donostia-San Sebastián y narró "por primera vez ruidos de vómitos en la habitación contigua durante su estancia en Inchaurrondo, colocación de capuchas etc". Todo ello llevó al tribunal a concluir que estas declaraciones han de ser sometidas "a una severa valoración crítica de la que salen muy debilitadas por la sospechosa y tardía alegación de las pretendidas torturas y malos tratos propios o ajenos que se denuncian el día 10 de diciembre, cuando se manifestó lo contrario, el trato correcto, en la declaración judicial practicada en Madrid y cuando los detenidos fueron

reconocidos por distintos forenses en San Sebastián y Madrid los días 27 de Noviembre, 30 de Noviembre y 3 de Diciembre y nada se objetivó".

El tribunal expone, también, que, de la autopsia y el análisis del Instituto Nacional de Toxicología se desprende que "la causa de la muerte ha sido asfixia por sumersión, la data es de quince a veinte días y el cadáver ha permanecido todo ese tiempo sin que del examen externo se observen lesiones traumáticas en ninguna parte del cuerpo". De las analíticas se obtienen la siguiente información: "está acreditada la presencia de taladrina en el agua del rio Bidasoa a causa de unos vertidos procedentes de las empresas situadas en sus márgenes". Esta sustancia apareció "en el agua de los pantalones del fallecido, en el contenido gástrico y en la sangre del ventrículo derecho". Se indica también que "El examen del pulmón responde a la sintomatología del pulmón de sumersión". Finalmente se indica que "en cuanto al contenido de diatomeas, el análisis del agua del rio arroja una resultado de siete diatomeas por mililitro, la concentración de diatomeas en las ropas ascendió a 60-70 por mililitro, en cuanto al examen del contenido gástrico no se encontró diatomeas aclarándose por el Instituto Nacional de Toxicología que la muestra del contenido gástrico remitida es de 3 cc y resulta escasa para el estudio de las diatomeas, tampoco aparecieron diatomeas en las muestras de sangre analizadas, aclarándose por el Instituto que tal ausencia es explicable ya que el número mínimo de diatomeas en medio líquido compatibles con su comprobación en las vísceras de animales de experimentación es de 200 diatomeas por centímetro cúbico en la rata, 150 diatomeas por centímetro cúbico en cobayas y 130 diatomeas en conejo, -número superior hay que pensar razonablemente que no se requerirá para su comprobación en el ser humano- en tanto que la concentración de diatomeas en el Bidasoa es –como ya se ha dicho- muy baja: siete por mililitro".

La conclusión del tribunal es taxativa: la Sala llega "a la inequívoca conclusión de que toda la investigación abona la explicación de la huida de Mikel Zabalza por el agujero del túnel de Endarlaza, las periciales médicas y analíticas son coherentes y abonan la versión dada en el sentido de que Mikel Zabalza murió por sumersión y que esta lo fue en el rio Bidasoa (...)".

En cuanto al delito de torturas y malos tratos, "(...) en el presente caso se llega a la conclusión contraria por el vacio indiciario al respecto que se deriva de los tres reconocimientos médicos, efectuados de forma individual, privada y exhaustiva (...), de la ausencia de alegación en el Juzgado y de la tardía manifestación (...)".

Estos razonamientos condujeron a la Audiencia Provincial a confirmar el auto de archivo pronunciado por el Juez de Instrucción al amparo del artículo 789 regla 1ª de la LECrim,

resolución que, según plasma el tribunal, "permitiría reabrir la investigación si en el futuro hubiera méritos suficientes para ello, en virtud de nuevos hechos de los que en este momento no hay ni constancia ni indicios".

4.- Fue precisamente la lectura jurisdiccional formulada por la Audiencia Provincial –acorde con la naturaleza jurídica de la resolución en su día adoptada- la que permitió, mediante auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Donostia-San Sebastián, de 2 de noviembre de 1995, la reapertura de la instrucción. El motivo: El Diario "El Mundo" publicó unos trabajos de investigación periodística en los que se indicaba que Zabaltza no murió ahogado al intentar escapar de la Guardia Civil, a la que conducía a un zulo, sino torturado en un piso de la calle Capitán Vaquero mientras Enrique Dorado Villalobos y Felipe Bayo Leal le hacían "la bañera". A esta versión periodística se añaden tres versiones disimiles para explicar el óbito del Sr. Zabaltza: la primera, que se le introduce en una charca cercana (relato de Rubio y Cerdan en "El Caso Interior", folio 1532); la segunda, que se le inyecta el agua mediante jeringuilla (relato de Lázaro y Lobo, publicada en El Mundo, folios 1533 y 1535) y, finalmente, la última, que se le introdujo en una bañera sita en el propio Cuartel de la Guardia Civil en Inchaurrondo, en donde los buzos hacían prácticas (relato publicado en el Diario Egin, folio 1536).

La reapertura referida motiva que, finalizada la instrucción, la Audiencia vuelva a examinar si existen indicios fundados de criminalidad que tienen a los injustos de torturas y homicidio-asesinato doloso como referentes típicos- y a cuatro miembros de la Guardia Civil como sujetos de imputación. Este examen debe hacerse- en el plano factual- a partir de nuevos hechos de los que no había constancia en el momento de la adopción de las resoluciones pretéritas de archivo, y,- en el plano sustantivo- de la ponderación racional de si estos nuevos hechos aportan datos específicos y constatados que sirven de cimento la hipótesis de que el Sr. Zabalza fue torturado y asesinado por los cuatro agentes de la Guardia Civil de quienes se afirma les pertenece jurídicamente el hecho por tener el dominio del acontecer cuya relevancia penal se arguye.

Desde esta perspectiva únicamente es pertinente la reevaluación de los conocimientos aportados por D. José Miguel Alonso Manzano (folios 338 y ss), Dña. Idoia Aierbe (folio 70 y ss), D. Jon Arretxe (folios 73 y ss), D. Manuel Bizkay (folio 75 y ss), D. José María Mitxelena (folios 496 y 772 y ss), D. Jerónimo Gamero y D. Miguel Galeote (folios 721 y ss)) si, tal y como arguye la Acusación Particular, el dictamen médico-forense de 4 de julio de 1996 (emitido, como es

evidente, tras la reapertura de la instrucción) aporta un conocimiento del que pueda desprenderse una perspectiva radicalmente nueva desde la que ponderar todos y cada uno de los testimonios referidos. La justificación argumental de este proceder jurisdiccional es obvia: la información aportada por las referidas fuentes de prueba ya fue analizada en los autos dictados por el Juez de Instrucción y la Audiencia Provincial en el año 1988, conteniéndose en las referidas resoluciones las razones por las que se estimaba que los datos cognitivos traslados por ellas no justificaba inferir que la hipótesis mantenida por la Acusación Particular tuviera un fundamento probatorio mínimo que llevara a sostener- en el plano de los indicios- que el Sr. Zabaltza fue torturado y asesinado tras su detención en la madrugada del día 26 de noviembre de 1985.

El informe médico forense (folios 1882 a 1903) traslada un conocimiento científico sobre dos cuestiones: la causa de la muerte y la data del fallecimiento.

Respecto a la causa de la muerte, analiza las tres hipótesis posibles: la muerte por sumersión en el río Bidasoa; la muerte por sumersión en un medio líquido distinto y, finalmente, otra causa de muerte.

Con relación a la muerte por sumersión en el río Bidasoa, concluye que no es posible afirmar el fallecimiento como consecuencia de una sumersión vital en medio líquido con las características del descrito en el río Bidasoa. Este aserto se asienta en las siguientes razones:

- La elevada cantidad de trietanolamina en el estómago (3,60 microgramos/100 ml), en relación con los niveles existentes en el agua del rio (0,32 micogramos/100 ml) no se explica por la sumersión vital. Puede penetrar de forma pasiva pero no existen razones médicas que permitan explicar su presencia en concentraciones tan elevadas.

- La ausencia de lesiones cutáneas en zonas descubiertas así como de erosiones o incrustaciones en las puntas de los dedos no es concordante con la permanencia de un cuerpo en dicho medio, tomando como criterio axiológico de esta afirmación las características naturales del entorno apreciadas en el reportaje fotográfico y la habitualidad con la que los cadáveres sumergidos presentan lesiones por arrastre, rozamiento contra el fondo o lecho del río o por acción animal. A este respecto, la ausencia de lesiones en los extremos digitales no podría explicarse por la colocación de

las esposas, ya que el mecanismo que explica dichas lesiones no es incompatible con la posición anterior de las extremidades superiores.

- La positividad sanguínea a trietanolamina no puede ser valorada a la hora de validar o refutar la hipótesis de una sumersión vital en un líquido- como el río Bidasoa- que contenga dicha sustancia, dado que el mal estado de la muestra analizada impidió un examen cuantitativo.

Con relación a la muerte por sumersión en un medio líquido distinto, los datos contenidos en los informes de autopsia conforman un cuadro general de asfixias (equimosis faciales, congestión visceral). Los elementos que caracterizan a la variedad asfíctica analizada (la sumersión en un medio líquido), ora no están presentes (ausencia de hongo de espuma –tanto externo como interno-, y orfandad de cuerpos extraños en traquea y/o bronquios), ora existen de un modo insuficiente para considerarla vital (cantidad de agua en el estómago -450cc-), ora no han sido descritos (ausencia de agua en duodeno o de alteraciones en la mucosa gástrica), ora confieren resultados no válidos dado el avanzado estado de putrefacción de la sangre enviada.

El único signo específico de asfixia por sumersión es la descripción en el estudio histopatológico del denominado pulmón de sumersión. En todo caso, también este resultado es matizable dado que tiene como referente una muestra de tejido que, tal y como indica el Instituto Nacional de Toxicología, es insuficiente y corresponde a zonas periféricas pulmonares donde son menos evidentes las alteraciones debidas a asfixia por sumersión. Como último matiz se reseña que, atendiendo a lo descrito en bibliografía autorizada, la putrefacción puede hacer desaparecer los signos de la sumersión y en todo caso plantear la cuestión de si el grado de putrefacción cadavérica presente en este caso justificaría la desaparición de tales signos.

Con relación a otra causa de muerte, la ausencia de elementos- traumatismos o analíticas- que justifiquen la muerte por patologías cardiorrespiratorias que producen el óbito por una parada cardíaca o respiratoria, únicamente sitúan a la asfixia violenta como hipótesis causal que justifique el fallecimiento.

Respecto a la data del fallecimiento, el dictamen médico-forense destaca que el análisis de los datos ofrecidos por la autopsia y el examen de las fotografías obtenidas durante la misma, permiten atisbar una serie de elementos –cambios de coloración en orificios nasales y parte superior del tórax-, ausencia de red venosa, aumento de tamaño de genitales, protusión ocular o

lingual y desfiguración facial- que obliga a definir un período mínimo de tres días y un máximo de 1 mes –algo más probable entre 7-20 días- entre el óbito y el descubrimiento del cadáver.

5.- En el Derecho Penal, la atribución de un resultado a una persona (en este caso, los injustos penales respecto a los cuales se afirma existen indicios fundados de criminalidad son de resultado) es una afirmación conclusiva que exige la concurrencia cumulativa de dos condiciones, una físico-causal y otra normativa-teleológica. La primera, además, es presupuesto de la segunda, dado que únicamente las relaciones de causalidad asentadas en leyes causales generales pueden crear el vínculo normativo entre la acción y el resultado que justifique su imputación objetiva y consiguiente tipicidad.

La condición físico-natural es que exista una relación de causalidad entre el hecho que se afirma como causa y el resultado que se sostiene es una alteración del mundo exterior consecuencia del primero.

La condición normativa-teleológica –que únicamente cabe examinar cuando concurre el presupuesto causal- es que la causa cree un riesgo jurídicamente desaprobado que se materialice en el concreto resultado producido, siendo, este último, uno de los que pretende evitar la norma que se dice infringida.-

La causalidad natural únicamente cabe afirmarla cuando existe una relación entre la causa - el hecho humano que se dice cometido- y el resultado producido compatible con las leyes de la naturaleza (en cuya determinación tiene un papel significativo la fundamentación científica del mecanismo que conduce de la causa al resultado). En el caso examinado, las cuatro hipótesis causales contenidas en el exquisito informe médico-forense son compatibles con las leyes de la naturaleza en la medida que cualquiera de ellas (sumersión en el río Bidasoa, sumersión en un medio líquido distinto, asfixia violenta o un procesos cardio-respiratorio de origen patológico) es en términos generales –juicio en abstracto- idónea para justificar el resultado muerte. Por ello, únicamente la exclusión específica a partir del análisis contenido en el informe –juicio en concreto- justifica calificar, en el caso concreto, de inhábil una hipótesis causal tildada de idónea con carácter general.

Esta exclusión únicamente puede operarse –a la luz, vuelve a decirse, del informe médico forense de continua referencia- de los procesos caradiorrespiratorios de origen patológico, dado que autopsia no detectó elementos de presencia necesaria para la existencia de tales patologías. El resto de las hipótesis causales son factibles.

En concreto, que en el plano científico no sea posible afirmar que el fallecimiento se produjera como consecuencia de una sumersión en un medio líquido con las características del descrito en el río Bidasoa no equivale a excluir tal hipótesis causal, pues no es lo mismo corroborar o validar una hipótesis causal –afirmar que un resultado ha sido producido por una causa- que excluir una hipótesis causal –sostener que una causa no ha producido un resultado-. En el segundo caso –excluir que científicamente sea posible producir un resultado a partir de una causa calificada como tal- una decisión judicial que concluya que existe una relación de causalidad entre el resultado y una hipótesis causal cuya validez ha sido excluida en el plano científico supone un juicio jurisdiccional arbitrario, dado que, sin razón plausible, infringe los conocimientos científicos vigentes. En el primer caso –concluir que no es posible afirmar científicamente que una hipótesis causal explicativa del resultado lo haya efectivamente producido- no impide –desde la lógica analítica- que se concluya –tomando como precisa otra información complementaria procedente de fuentes contrastadas en el proceso- que el resultado ha podido ser producido por esta hipótesis causal, dado que la causa que en abstracto es idónea y no ha sido en concreto refutada es una condición conforme con las leyes de la naturaleza. Ello no excluye que el resultado también haya podido ser producido por otras causas igualmente idóneas (supuesto de hipótesis alternativas igualmente válidas).

Desde esta perspectiva, por lo tanto, no es factible concluir, como hace la Acusación particular y popular, que las razones que justificaron los autos de archivo del Juez Instructor y la Audiencia Provincial en el año 1988 han quedado invalidadas por el informe médico forense confeccionado en el año 1996. Por un lado, porque no ha sido excluida la hipótesis causal descrita en los informes periciales que sirvieron de referente a las mentadas decisiones judiciales. Por otro, porque se mantiene vigente el análisis que permite a las referidas resoluciones concluir que es escasa la calidad sugestiva de la información trasladada por D. José Miguel Alonso Manzano, Dña. Idoia Aierbe, D. Jon Arretxe, D. Manuel Bizkay, D. José María Michelena, D. Jerónimo Gamero y D. Miguel Galeote.

6.- Resta por analizar si el conocimiento trasladado por fuentes de prueba practicadas tras la reapertura de la instrucción sumarial (2 de noviembre de 1995) justifica el procesamiento solicitado por las Acusaciones particular y popular.

El testimonio de D. Pedro Luis Migueliz Dabadie (folios 1959 a 1966) es de mera referencia, dado que el testigo se limita a transmitir lo que sostiene le trasladó uno de los imputados –el Sr.

Dorado-, información que el imputado concernido niega. Sabido es que el testimonio referencial únicamente puede tener significado incriminatorio cuando no es factible acudir a la fuente directa y, en este caso, la fuente directa –el Sr. Dorado- ha aportado su versión de los hechos en la instrucción y, en todo momento procesal –tanto en su declaración como en el careo con el testigo- ha mantenido que no refirió al testigo de referencia lo que éste mantiene que le dijo.

Las investigaciones periodísticas publicadas en El Diario el Mundo (folios 1533 a 1535) se asientan en informaciones trasladadas por fuentes de información que no han sido conocidas, al acogerse los periodistas al derecho al secreto profesional para no desvelar la identidad de sus fuentes.

Las declaraciones del exCoronel Perote no presentan una mínima calidad convitiva. Así, declara que no recuerda que se grabara la conversación en la que el Capitán Pedro Gómez Nieto reconocía que Zabaltza había fallecido mientras era torturado (folio 2279), aunque en su celda penitenciaria se encontró, entre otros documentos, una transcripción mecanografiada de la referida conversación y en la declaración que el propio Sr. Perote realizó en el sumario 17/05 del Juzgado de Instrucción Central nº 5, afirmó que existía una cinta de tal conversación depositada en el CESID (folio 2232). Estos extremos, en todo caso, no han sido validados: el Capitán Gómez Nieto niega que se produjera la conversación (folios 2285 a 2290), el Excmo. Ministro de Defensa, D. Eduardo Serra, mediante escrito de 11 de julio de 1996 indicó que "no existe en el Centro documento alguno que contenga información que pueda contribuir al esclarecimiento de las circunstancias en que se produjo la muerte de MIKEL ZABALZA GÁRATE" (Folio 2031).

Por lo tanto, las fuentes de prueba indicadas por la Acusación particular y popular, ora trasladan información de referencia que se opone radicalmente a la ofrecida por la fuente directa (caso del testigo Sr. Migueliz), ora recogen una información periodística que no ha podido ser contrastada al ejercitar los profesionales de la comunicación el derecho al secreto profesional para mantener en el anonimato sus fuentes (caso de los reportajes publicados en El Diario el Mundo), ora transmiten un conocimiento que proviene de una fuente probatoria que, sin razón que lo justifique, ofrece informaciones disímiles sobre los mismos extremos, sin que ninguno de los datos trasladados haya obtenido una mínima corroboración (caso del testigo Sr. Perote).

A modo de conclusión: tras 25 años de investigación judicial, siguen vigentes hasta tres hipótesis causales compatibles con las leyes de la causalidad general para explicar la muerte de D. Mikel Zabaltza. No obstante lo insatisfactorio que tal resultado conlleva tomando como referente axiológico el valor justicia –conocer lo ocurrido es la premisa de toda respuesta pública de

contenido restaurativo-, en el plano estrictamente procesal está justificado que, una vez agotada la investigación respecto a las circunstancias concurrentes en el óbito investigado, se concluya que no ha quedado debidamente justificada la perpetración de los hechos que motivó la apertura de la causa penal. Por lo tanto, procede acordar el sobreseimiento provisional descrito en el artículo 637.I LECrim.

PARTE DISPOSITIVA

Se confirma el auto de conclusión del sumario dictado por el Instructor, en fecha 14 de mayo de 209, y SE SOBRESEE PROVISIONALMENTE LA CAUSA al amparo de lo dispuesto en el artículo 637.I LECrim, declarándose de oficio las costas, remitiendo el sumario al Instructor para su archivo, junto con testimonio del presente.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso conforme a lo dispuesto en los artículos 636 y 848 LECrim.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. que lo encabezan. Doy fe.

MAGISTRADOS

EL SECRETARIO JUDICIAL

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA
Sección / *Sekzioa*: 1ª/1.

Calle SAN MARTIN 41,1ªPLANTA,DONOSTIA - SAN SEBASTIAN
Tel.: 943-000711.Fax / Faxa: 943-000701
N.I.G. //ZO : 20.05.1-85/614109
Rollo penal / Penaleko erroilua *1024/2008*
Atestado nº./ *Atestatu zk.*:
Hecho denunciado / *Salatutako egitatea*: DESAPARICION
O.Judicial origen / *Jatorriko epaitegia*: Jdo.de Instrucción nº1 Donostia-San Sebastián
Procedimiento / *Prozedura*: Sumario / 3/1997
Contra: ARTURO ESPEJO VALERO, FERNANDO Mª CASTALLEDA VALLS, GONZALO GARCIA PEREZ, JOSE JUAN PASTOR MUÑOZ, FELIPE BAYO LEAL, ENRIQUE DORADO VILLALOBOS, MIGUEL PÉREZ GÓMEZ PASTRANA, MANUEL SUJAR RODRIGUEZ
Ac.Part.: HERMANOS ZABALZA GÁRATE AYUNTAMIENTO DE SAN SEBASTIÁN y ASOCIACIÓN CONTRA LA TORTURA

AINHOA KINTANA
2010 IRA. 3 -
JAKINARAZIA

PROVIDENCIA.-

ILTMOS/AS. SRES/AS.
PRESIDENTE:
IGNACIO JOSÉ SUBIJANA ZUNZUNEGUI

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN a treinta de julio de dos mil diez.

Visto el estado de las actuaciones, **ARCHIVENSE PROVISIONALMENTE** en las de su clase y año, haciéndose previamente las oportunas anotaciones en los libros correspondientes. Póngase esta resolución en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Lo acuerda la Sala y rubrica el Iltmo. Sr. Presidente. Doy fe.

PRESIDENTE — EL/LA SECRETARIO JUDICIAL